Resum

15

BREVE RESVMEN DEL informe en derecho, y de lo que en reuista se añade, sobre la sentencia del año de 1609.

POR

DON FERNANDO DE Sandoual y Ayala, en el pleyto

CON

DON FRANCISCO DE Rocamora y consortes, vezinos de Murcia.



ARA Que con mas facilidad se pueda, señor, ver todo lo que pareciere importante de la informacion en derecho, dada en vista, donde estan largaméte tocados los puntos, que parecen ser necessarios para la determinacion deste pleyto. Y para mas bien fundar lo que nueuamente se ha ofrecido en esta instancia, parecio ser conueniente hazer vn epitome de toda la dicha informacion, con algunos corolarios, y scholios sobre el entendimiento de la sentencia de reuista del año de 1609. que es la que se ha de tomar por tema de todo ello, por ser el fundamento principal, y el texto por donde se ha de dezidir la pretension del dicho don Fernando, que dize assi:

Num. 1. *Proponese el motiuo de auer reduzido todo el informe a este papel.*

¶ *FALLAMOS atento los nueuos autos, que la sentencia de vista en este pleyto dada, y pronunciada por algunos de los Oydores de la Audiencia de su Magestad, de que por las dichas partes fue suplicado, que es de enmendar, y para ello la deuemos de reuocar. ¶ Y reuocamos la sentẽcia en este pleyto dada por el Licenciado Soto Mayor, Corregidor de la dicha ciudad de Murcia. ¶ Damos las dichas sentencias por ningunas, y de ningun valor y efeto. Y haziendo justicia. ¶ Deuemos de absoluer, y absoluemos, y damos por libres a los dichos Frãcisco Tomas, y doña Baltasara su muger, y don Francisco Rocamora, y a los demas sus consortes, de la demanda, y de lo demas contra ellos pedido por los dichos Francisco de Oluja, y don Francisco Auellan de Oluja Faxardo, a los quales*

Num. 2. *Sentencia del año de 9. se propone por tema en que vate el pleyto*

les

les ponemos perpetuo silencio, para que cerca dello no les pidan, ni demanden cosa alguna aora, ni en tiempo alguno. ¶ Y en quanto a los dichos Francisco de Oluja, Geronimo Auellan, Macias de Oluja, doña Ana, y doña Isabel de Arronis, hijos de doña Maria Auellan, y a doña Ynes de Arronis. ¶ Los deuemos de declarar, y declaramos por sucessores de Iuan Moraton, en los bienes que le pertenecieron por parte de doña Teresa de Arronis su madre, y vinieron a poder de doña Patricia de Arronis, hermana del dicho Iuan de Moratõ. ¶ Por llamamiento que dellos hizo el dicho Iuan de Moratõ, en la dicha doña Patricia, ¶ Que sean los que se aueriguaren en la execucion de la carta executoria, que desta sentencia se diere, y en grado de reuista assi lo mandamos.

Y discurriendo por la dicha sentencia, se hallarà fundado lo siguiente, que para mas claridad, se diuidirà en seis partes.

Num. 3. *Promete lo que se ha de fundar, que se distribuye en ocho partes.*

En la primera, que estan vencidas y reprouadas las prouanças, en que se pretendio aueriguar, que los bienes sobre que es este pleyto, erã propios de Francisco de Moraton, padre de Iuan de Moraton, y que como suyos, los truxo al matrimonio quando casò con doña Teresa de Arronis, y que precisamente viene a estar juzgado, que no fuerõ suyos ni como suyos propios los truxo al matrimonio con la dicha doña Teresa, madre de Iuan de Moraton, y que por necessaria consequencia, es preciso, que respeto de los padres de Iuan de Moraton, sean los dichos bienes gananciales, excepto los que se hallaren con la calidad de dotales, y hereditarios de la dicha doña Teresa.

En la segunda, serà para fundar, que la absolutoria contenida en la dicha sentencia de reuista, mira a diferente pleyto, que es solo al derecho de los bienes de doña Patricia, de que no se trata en este pleyto.

En la tercera, que don Fernando tiene bastantemente prouado en esta instancia, auer sucedido en todo el derecho de los seis contenidos en la dicha sentencia de reuista, con que cessa el *Por aora*, de la sentencia de vista.

La quarta, que los bienes que se han de mandar adjudicar a la parte de don Fernando, han de ser in specie, de los mismos sobre q̃ se litiga.

La quinta, que el llamamiento hecho por Iuan de Moraton en fauor de sus parientes, de partes de padre y madre, fue vniuersal de todos los bienes, derechos, y acciones que dexò a doña Patricia, debaxo de condicion de morir sin hijos.

En la sexta y vltima parte, se fundarà la verdadera inteligencia de las palabras de la sentencia de reuista, dum dicit, *Que sean los que se aueriguaren en la execucion de la carta executoria*: y como por los autos vienen a estar aueriguados por bienes maternos, los que comprehende la dote, respeto del valor que tenian al tiempo de la muerte de doña Teresa, y la mitad de los demas, por bienes gananciales: y que por lo menos se deuen mandar adjudicar la mitad de todos, conforme a la disposicion de Iuan de Moraton.

PARS PRIMA.

Num. 4. *Sentencia del año de 9. fue en remission, y se refieren los Señores que la dieron.*

IN primis, & ante omnia, sobre la palabra *Fallamos, &c.* es digno de aduertir, para mayor aprecio, y autoridad de la cosa juzgada, que resulta de la dicha sentencia. Y para que con mayor cuydado se repare, y ponderen las palabras della, que auiendose remitido, en discordia, por

dos



dos Salas,la dieron los señores don Gaspar Vallejo, don Sebastian de Villafañe,don Rodrigo de Vera,don Iuan de Chaues y Mendoça,don Fernando Ramirez Fariña, don Iuan de Samaniego, Doctor Diego Lucio Luzero.

Scholio Primero.

Num. 5. *Reuocacion de la sentẽcia del Ordinario de Murcia, no fue ex causa nullitatis, sed ex capite iniustitiæ.*

Y *Reuocamos la sentencia en este pleyto dada por el Licenciado Sotomayor, Corregidor de la dicha ciudad de Murcia.* La diccion, y, està en su propio ser, y significado de copulatiua ac si diceretur, *etiam*, y la palabra *Reuocamos*, idem est quod *rescindimus*, l.1.in principio, ff. quę sentent. sine appellat. resc. l.1.C. sentent. resc. non poss. l. si donationem, C. de reuocand. donat. Con que se dà a entender, que la reuocacion no fue por causa de nulidad del processo, sino ex capite iniustitiæ, porque si fuera por nulidad, no entraran rescindiendo, cum id quod nullum est rescindi non possit, l. nam & sub conditione, ff. de iniust. nupt. cap. addi soluendum de spons. impub. Entra rescindiendo, luego valida era la sentencia, cum rescindi dicantur ea, quæ siue rescissione alias tenerent, l. ambitiosa, ff. de deor. ab ordin. fac. l. hæc in factum 14. ff. quæ in fraud. cred. pero injusta, y por tal se reuoca, Alex. consil. 59. num. 1. & 8. lib. 4.

Num. 6. *Se promete fundar, q̃ con la reuocaciõ quedò juzgado, que los bienes no fueron propios de Francisco Moraton, q̃ los lleuasse al matrimonio.*

Y asi el propio sentido de la dicha clausula viene a ser este. Tambiẽ reuocamos, y rescindimos por injusta la sentencia en este pleyto dada por el Licenciado Sotomayor, &c. porque como al principio entra reuocando la sentencia de vista, despues prosigue rescindiendo tambien la del Ordinario, con las dichas palabras, en las quales, señor, se hallaran determinado y juzgado, que las tierras en el Rahal con sus catorze quartos de agua, y las tierras de Benicomay, con sus cinco quartos de agua, y las casas de Santa Olalla, que son los bienes sobre que se litiga, y que dexò por su muerte Iuan de Moraton, no fueron bienes propios de Francisco de Moraton, ni que los huuiesse lleuado al matrimonio quando casò con doña Teresa de Arronis, de adonde por necessaria consequencia quedarà fundado, que fueron de los ganánciales y dotales, como se prouarà ex sequentibus.

Num. 7. *La sentencia del Ordinario juzgò, q̃ los bienes alli expressados fueron propios de Francisco Moraton, y que los lleuò al matrimonio.*

La sentencia del Ordinario, que fue la del dicho Licenciado Sotomayor determinô, ita sic. *Fallo, que los dichos Francisco de Oluja, doña Maria Auellan, doña Ynes de Arronis no prouaron su intencion, y la dicha doña Baltasara Vazquez auer prouado sus defensas en lo que de yuso se harà menciõ, conuiene a saber, los catorze quartos de agua con sus tierras en el Rahal, y cinco quartos de agua con sus tierras en Benicomay, y casas de santa Olalla, de que judicialmente fue puesto en possession el dicho Francisco de Oluja, auer sido propios bienes de Francisco Moraton, difunto, y a que el auerlos traydo por sus bienes al matrimonio que contraxo con doña Teresa de Arronis su muger, &c. Y pronunciandolo asi, deue de declarar, y declarò los dichos catorze quartos de agua con sus tierras en Rahal, y cinco quartos de agua con sus tierras en Benicomay, y casas en santa Olalla, sobre que es este pleyto, pertenecer a la dicha doña Baltasara Vazquez, muger del dicho Francisco Tomas Iurado, por ser primahermana, y parienta mas propinqua del dicho Iuan de Moraton, por parte del dicho Francisco de Moraton su padre, y como tales se los deuo de adjudicar, y adjudico.*

Esta es la sentencia que reuocan los Señores, por la de reuista, con las

Num.8.
Sentencia de reuiſta, con ſolo reuocar de termino lo contrario.

Num.9.
Sentencia del Superior no es neceſſario q̃ abſuelua, declare, ni condene, con ſolo que reuoque, juzga lo contrario de lo juzgado por la ſentencia reuocada.

las dichas palabras, luego neceſſariamente en la dicha ſentẽcia de reuiſta determinaron lo contrario, hoc eſt, que los dichos bienes no fueron propios de Franciſco Moraton, lleuados al matrimonio con doña Tereſa, patet conſequens, porque la ſentencia del Superior en grado de apelacion no es neceſſario que condene, abſuelua, ni declare, ſino ſolo que reuoque, porque eo ipſo, que reuoca, juzga, y determina lo cõtrario de lo que contiene la ſentencia del inferior, textus eſt eum gloſſa in l.eos, §.1.C.de appellat.ibi: *Cùm ſuper omni cauſa interpoſitam prouocationem, vel iniuſtam tantum liceat pronuntiare, vel iuſtam*, la gloſſa verbo iniuſtam, dize: *Nota formam ſententiæ iudicis appellationis: ſed an habeat neceſſe addere, vel ideo abſoluo, vel condemno?* Y reſuelue, que no tiene neceſsidad mas de reuocarla, o darla por injuſta, que con eſto juzga, y determina lo contrario: pues aunque la ſentencia del inferior es neceſſario, que contenga vna de tres, o abſolucion, o condenacion, o coſa equipolente a lo vno, o lo otro, como es la declaracion, l.1.& l.in ſumma 59.in princip.ff.de re iudic.l.quid tamen 21.§.ſi arbiter, ff.de recept.arbitr.l.Præſes, C.de ſentent.& inrerlocut.omnium iudic. pero en la ſentencia del ſuperior, o juez de apelaciones baſta dezir, que reuoca, o que es injuſta la de que ſe apela, con lo qual ſi la ſentencia del inferior condenaua, y la del ſuperior reuoca, queda juzgado que abſuelue, gloſ.verbo abſolutione, verſic. *Sed iudex appellationis ſufficit ſi dicat iuſtam, vel iniuſtam*, textus & gloſſa verbo appellaſſe in l.Offidius 97.delegat.3. adonde parece eſtaua condenada vna heredera, y apelò de la ſentencia para ante el Emperador, el qual ſolo pronunciò rectè appellatum, con que fue viſto reuocar, y abſoluer, ſegun lo nota la gloſſa verbo appellaſſe hæredem ibi: & ſic reciſſa fuit ſententia Præſidis, & nota iudici appellationis ſufficere, ſi dicat pronantio rectè appellatum.

Num.10.
Si la ſentencia del Ordinario abſuelue, y la del ſuperior reuoca, queda juzgado q̃ condena.

Y ſi la ſenteneia del Ordinario abſuelue, y la del ſuperior reuoca, o la dà por injuſta, queda juzgado que condena, gloſſa verbo abſolutionem in d.l.ſi Præſes de ſentent. & inter. ibi: *Abſolutionem vel æquipolens vt, ff.de arbitr.l.quid tamen, §.1. & ff.de re iudicat.l.in ſumma in princip. ſed in cauſa appellationis ſufficit dicere bene appellatum, vel malè, vt videatur prima ſententia confirmari, vel infirmari, vt infra de appellat.l.eos in fine primi reſponſi, ſed certè ibi videtur condemnare, vel abſoluere illum, quem prior iudex condemnauerat, vel abſoluerat.*

Num.11.
Cõfirmatur ex doctrina Bart.& Salicet.

Y aunque en eſte caſo quiſieron algunos, que ſi la ſentencia primera era abſolutoria, no baſtaua ſolo el reuocarla para inferir neceſſariamente condenacion ſi no ſe expreſſaua, que fue lo que dixo Acurſio ſibi contrario, al fin de la gloſſa verbo appellaſſe in d.l.Offidius, la verdadera opinion es, que obra condemnatoria ſegun Bart.in d.l.eos, a quiẽ ſigue la comun y eſpecial, Salicet.in d.l.eos num.4.ibi: *Bart.vero ſtat ſimpliciter, cum gloſſa huius legis quandocumque pronuntiet, quia & iſto vltimo caſu reſcindit abſolutoriam, & declarat abſolutum debitorem eſſe, & per conſequens eum dicitur condemnare, vt probatur ſuis legibus, ff.de arbitr.l. quid tamen, §.fin.argument.ff.de compenſat.l.in diem, §.ſi dationem, & ff.de ædilit.l. edict.l.quæro in principio, & ff.de re iudic.l.in ſumma in principio, & ſulp. ex quibus cauſis infam.irrogat.l.ſi te, & pro hoc facit, lex iſta, quæ plus requirit, cum qua concord ff.de adminiſtrat.tutor.l.Chirographis, §.1.&c.*

Num.12.
Si la ſentencia del Ordi-

Y por las miſmas razones de dezidir, y aun con mas juſta cauſa procede lo miſmo, ſi la ſentencia del inferior declara, y la del ſuperior la re-

en favor de vn Iuan de Moraton, cuyo otorgamiento ſuena por el año de 1458. tambien preſentaron el teſtamento con que murio Franciſco Moraton, en que parece contiene vna clauſula ſobre la dote, y viene a ſer contra los miſmos que la preſentaron, y della ſe harâ mencion mas abajo en ſu lugar. Y contra las eſcrituras de particion dixeron, que por ellas no parecia que Franciſco de Moraton huvieſſe recibido la dicha dote, ni obligadoſe a la reſtitucion della.

La parte de doña Maria Avellan y conſortes dixeron, que la dote era cierta, y conſtava baſtantemente por las particiones, y que todo lo demas eran bienes gananciales, y que aſsi ſe preſumia, y redarguyeron de falſas las dichas eſcrituras, y opuſieron que no avia avido tal Iuan de Moraton, ni ſe ſabia quien fueſſe, ni los Notarios ante quien ſonava averſe otorgado, y que los teſtigos eran falſos, y ſoſpechoſos de tales, pues los mas dellos con ſu edad no pudieron alcançar a lo que dixeron aver viſto y ſabido.

Y las ſentencias que cayeron ſobre las dichas eſcrituras y probanças, y lo demas tocante a las dichas pretenſiones ſon las ſiguentes. ¶ La del Licenciado Sotomayor en Murcia: *Fallo, que los dichos Franciſco de Oluja, doña Maria de Avellan, doña Ynes de Arronis no provaron ſu intencion, y la dicha doña Baltaſara Vazquez aver provado ſus defenſas en lo que de ſuſo ſe harà mencion, conviene a ſaber los catorze quartos de agua con ſus tierras en el Rabal, y cinco quartos de agua, con ſus tierras en Benicomay, y caſas de ſanta Olalla, de que judicialmente fue pueſto en poſſeſsion el dicho Franciſco de Oluja, aver ſido propios bienes de Franciſco Moraton difunto, vezino que fue de la dicha ciudad, y a que el averlo traido por ſus bienes al matrimonio que contrajo con doña Tereſa de Arronis ſu muger, y por muerte del dicho Franciſco Moraton aver heredado los dichos bienes el dicho Iuan de Moraton, y ſus hermanos, hijos del dicho Franciſco de Moraton, y por muerte de aquellos, y por razon de averſe pueſto Monja doña Ynes Moraton, hija del dicho Franciſco Moraton, y por la renunciacion que ella hizo en el dicho Iuan de Moraton, aver heredado, tenido y poſſeido por ſuyos, y como ſuyos los dichos heredamientos y caſas, y al tiempo de ſu muerte aver dexado por ſu heredero a la dicha doña Patricia de Arronis, y Moraton ſu hermana, y vinculados los dichos bienes, y ſugetos a reſtitucion ſi la dicha doña Patricia moria ſin hijos legitimos herederos, que heredaſſen los dichos bienes los parientes mas propinquos del dicho Iuan de Moraton, de parte del dicho Franciſco de Moraton ſu padre, y la dicha doña Patricia de Arronis ſer muerta ſin los dichos hijos legitimos herederos, e la dicha doña Baltaſara Vazquez ſer prima hermana del dicho Iuan de Moraton, y ſu parienta mas propinqua del dicho Iuan de Moraton ſu padre: y pronunciandolo aſsi, devo declarar y declaro los dichos catorze quartos de agua, con ſus tierras en Rabal, y cinco quartos de agua, con ſus tierras en Benicomay, y caſas en ſanta Olalla, ſobre que es eſte pleyto, per-*

tenecer a la dicha doña Baltasara Vazquez, muger del dicho Francisco Thomas Iurado, por ser prima hermana, y parienta mas propinqua del dicho Iuan de Moraton su padre, por parte del dicho Francisco Moraton, y como tales se los devo de adjudicar, y adjudico, &c.

La sentencia de vista confirma con cierto aditamento, en que adjudicò cierta parte de bienes con frutos y rentos a Francisco de Oluja, como a sucessor del vinculo de Pagan de Oluja.

La sentencia de revista entrò revocando, y dando por ningunas estas dos sentencias, y la determinaciõ en quanto al pleyto, sobre la hazienda de doña Patricia, fue en favor de Francisco Thomas y doña Baltasara, y sus sucessores, y contra Francisco de Oluja, y don Francisco Avellan, que avia salido al pleyto como sucessor en el mayorazgo de Pagan de Oluja, por muerte de Francisco de Oluja. Y en quanto al pleyto sobre los bienes de la disposicion de Iuan de Moraton, se determinò en favor de los llamados por partes de madre, como se puede ver a la letra por ella, que dize asi.

Fallamos, atento los nuevos autos en este pleyto presentados, que la sentencia de vista en este pleyto dada y pronunciada por algunos de los Oydores del Audiencia de su Magestrd, de que por las dichas partes fue suplicado, es de enmendar, y para ello la devemos de revocar, y revocamos la sentencia en este pleyto dada por el Licenciado Sotomayor, Corregidor de la dicha ciudad de Murcia, damos las dichas sentencias por ningunas, y de ningun valor y efeto. ¶ Y haziendo justicia, devemos de absolver, y absolvemos y damos por libres a los dichos Francisco Thomas, y doña Baltasara su muger, y don Francisco Rocamora, y los demas sus consortes de la demanda, y de lo demas contra ellos pedido por los dichos Francisco de Oluja, y don Francisco Avellan de Oluja Fajardo, a los quales ponemos perpetuo silencio, para que cerca dello no les pidan ni demanden mas cosa alguna aora ni en tiempo alguno. ¶ Y en quanto a los dichos Francisco de Oluja, Geronymo Avellan, Matias de Oluja, doña Ana, y doña Ysabel de Arronis, hijos de doña Maria Avellan, y de doña Ynes de Arronis, los devemos de declarar, y declaramos por sucessores de Iuan de Moraton, en los bienes que le pertenecieron por parte de doña Teresa de Arronis su madre, y vinieron a poder de doña Patricia de Arronis, hermana del dicho Iuan de Moraton, por llamamiento que dellos hizo el dicho Iuan de Moraton despues de la dicha doña Patricia, que sean los que se averiguaren en la execucion de la carta executoria que desta sentencia se diere, y en grado de revista asi lo mandamos.

Esta vltima sentencia es la que despues se bolvio a confirmar por otra que salio en cabeza del dicho don Fernando, a cuyo pedimiento se despachò la carta executoria, de cuyo cumplimiẽto se trata, y en virtud della, el dicho don Fernando pidiò se le adjudicassen de los dichos bienes in specie, por maternos la cantidad que comprehende la dote, conforme al valor que por aquel tiempo tenia cada tahulla, y la mitad de todos los

demas,



demas, con los frutos y rentos desde la muerte de doña Patricia, ò contestation del pleyto. De contrario se bolvio a insistir, en que todos son bienes paternos.

Num. 5. *Auto difinitivo sobre el cumplimiento de la carta executoria, de que fue apelado por ambas partes.*

Y con probanças del dicho don Fernando, el L. Cuellar Alcalde mayor de la dicha ciudad por su auto difinitivo dixo: *Que declarava, y declarò por bienes tocantes a doña Teresa de Arronis, hija legitima que fue de Alonso de Lorca, y de doña Beatriz de Arronis sus padres 200U24. maravedis, y averlos llevado al matrimonio con Francisco Moraton, en las tahullas y bienes que se contienen en las escrituras de particion, que estan y vienen insertas en la dicha Real executoria, que su otorgamiento fue en siete de Enero de 1494. y en ellos ser legitimo sucessor, conforme a la dicha Real executoria el dicho don Fernando de Sandoval, y suceder en ellos, conforme a la disposicion del codicilo que Iuan de Moraton otorgò en nueve de Setiembre del año passado de 1529. donde declarò el modo de suceder en el fideicomisso que en el mismo dia avia hecho de todos sus bienes en el testamento que otorgò, mandando, que en los bienes de parte de su padre, despues de los dias de doña Patricia Moraton su hermana, sucediessen los parientes mas propinquos de partes de su padre, y en los bienes que huvo y fueron de partes de su madre, los huviessen y heredassen los parientes mas propinquos de parte de su madre: lo uno y otro consta de la clausula del codicilo y testamento que otorgò el dicho Iuon de Moraton, que todo ello viene inserto en la dicha Real executoria. ¶ Y atento que por fin y muerte de Iuan de Moraton no quedaron mas bienes rayzes de los contenidos en el inventario que està en estos autos, que son catorze quartos de agua en el pago de Rahal, y cinco quartos de agua en el pago de Benicomay, y huerta desta ciudad, y unas casas principales en la Parroquia de santa Olalla, y otros bienes muebles de poca consideracion. Mandava, y mandò adjudicar, y adjudicò al dicho don Fernando de Sandoval y Ayala, como a pariente mas propinquo de la dicha doña Teresa de Arronis, por cabeza de doña Maria Avellan y Oluja, que primero salio a este pleyto, de las 200U24. maravedis, que era caudal y dote de la dicha doña Teresa, conforme a las escrituras de particion, que van citados en este auto, 174U18. maravedis, que es lo que huvo de aver el dicho Iuan de Moraton por parte de la dicha doña Teresa de Arronis su madre, por su cabeza, y por la de Alonso de Moraton, y doña Costança, y doña Ynes de Moraton sus hermanos, en cuyo derecho sucedio el dicho Iuan de Moraton, porque la demas cantidad a cumplimiento a las dichas 200U24. maravedis, tocò y pertenecio a la dicha doña Patricia por legitima de la dicha doña Teresa de Arronis su madre, que esta parte no està comprehendida en el fideicomisso que hizo y otorgò el dicho Iuan de Moraton. ¶ En cuya consequencia*

mandava y mandò, y condenava y condenò al dicho don Franciſco de Rocamora, doña Baltaſara Tomas, y demas conſortes contenidos en eſte auto, a que los den y paguen, buelvan y reſtituyan en los dichos diez y nueve quartos de agua de los pagos de Benicomay, y Rabal, y demas bienes rayzes, dandole y pagandole en las tales tabullas de moreral, y tierra blanca, que en los dichos quartos de agua cupieron y correſpondieron a la dicha cantidad de los dichos 184U18. maravedis, contando cada tabulla de moreral a razon de 2U500. maravedis, que era el precio que tenia, y a que paſſavan por el tiempo de la muerte del dicho Iuan de Moraton, y a como ſe apreciaron las 53. tabullas de Veniale, y Mendealbaco, quando las llevò en dote la dicha doña Tereſa de Arronis, que eſtas parece eſtar enagenadas, porque no quedaron por fin y muerte de Iuan de Moraton, como conſta del inventario que de ſus bienes ſe hizo por la dicha doña Patricia ſu hermana, en cuyo lugar ſe manda pagar en la forma dicha, y las demas que cupieren correſpondientes a la dicha cantidad, dandoſelas en tierra blanca, fructifera y de regadio, apreciadas cada tabulla a mil maravedis, dandoſelas y adjudicãdoſelas en los dichos quartos de agua, guardando en la adjudicacion y pagamiento toda proporcion e igualdad. ¶ Con mas los frutos y rentos que las dichas tabullas han rẽtado y podido rentar deſde el dia de la conteſtacion deſte pleyto, haſta el de la Real reſtituciõ y entrega, en eſta manera, deſde el año de 550. &c.

Y a qui và liquidando los frutos por ſus tiẽpos de diez en diez años, haſta el de 1629. y acabado proſigue: *Y la dicha condenacion, aſsi de propiedades, como de frutos, que và fecha por eſte auto, mando ſe reparta, y ſea pro rata de lo que cada vno de los dichos don Franciſco Rocamora, y conſortes tienen y poſſeen en los dichos quartos de agua, y demas bienes rayzes que tuvieren y poſſeyeren de los que quedaron por fin y muerte del dicho Iuan de Moraton, y doña Patricia ſu hermana, por cabeza de doña Baltaſara Vazquez, muger legitima que fue de Franciſco Tomas Iurado. ¶ Y para hazer el dicho rateo, e lo que montan los dichos frutos y rentos, e liquidacion que manda pagar; por eſte auto mandava y mandò, que todas las dichas partes nombren por ſu parte contador, con apercibimiento, que por el que no nombraren, ſu merced nombrarà de oficio y tercero en caſo de diſcordia. ¶ Y en quanto a lo demas contenido en el dicho pedimiento por el dicho don Fernando de Sandoval, aſsi en razon de los bienes gananciales, como de lo demas que alli pide: declarò no aver liquidado en quanto a eſto coſa relevante. En cuya conſequencia abſolvia, y abſolvio de la inſtancia deſte juyzio a los dichos don Franciſco de Rocamora y conſortes; y reſerva, y reſervò ſu derecho a ſalvo al dicho don Fernando de Sandoval, para que en razon de lo ſuſodicho piday*

ſiga

siga su justicia, alli, y à donde, y contra quien le convenga: reservando como su merced reserva en si, que si en razon de las dichas quentas, y rateo que ansi manda hazer, o en razon de la dicha reserva se ofreciere alguna duda, proveer lo que sea justicia y convenga, y por este su auto en fuerça de difinitiva, o en el modo que mas huviere lugar en derecho, ansi lo proveyò y mandò.

Ambas partes han apelado de la dicha sentencia. La de el dicho don Francisco de Rocamora y consortes, agraviandose de ella en el todo, y pretendiendo se revoque, dizen, que Iuan de Moraton no dexò bienes algunos maternos: y de contrario el dicho don Fernando se agravia en parte, y en parte dize de bien sentenciado.

Y ansi se defenderà en este informe, que en quanto lo determinado por la dicha sentencia en favor de el dicho don Fernando, se deve confirmar: pero en quanto no aver mandado que la adjudicacion de los bienes que adjudica por maternos respeto de la dote fuesse considerada la dicha dote en cantidad de 251U466. maravedis, que son 51U442. maravedis demas de la que se dize por el dicho auto: Y adjudicar la mitad de todos los demas bienes, a titulo de aver pertenecido por cabeça de la dicha doña Teresa como gananciales, se deve revocar, suplir, y enmendar. Todo lo qual se fundarà en la resolucion de las dudas, que para mayor claridad se ha destribuido este informe, que son las siguientes.

Num. 6. Lo que se â de fundar de parte de don Fernando cõ la resoluciõ de 12 dubios, en que se distribuye este informe.

Si don Fernãdo tiene legitimada su persona, como pariente mas cercano, y decendiente de los parientes mas cercanos de partes de la madre de Iuan de Moraton. *Dubium 1.*

Que accion y remedio se ha tratado y trata en este pleyto. 2

Si los bienes que se huvieren de adjudicar han de ser con fructos y rentos, desde que tiempo, y hasta quando, y en quanta cantidad. 3

Si està provada la dote de la madre de el testador. 4

Si el Iuez deviò mandar que el pariente de partes de madre acudiesse a pedir los bienes de la dote a los terceros que los tuviessen. 5

No deviendo acudir contra los terceros, si deviò de mandar pagar la dicha dote en la cantidad del aprecio, o en la especie de los bienes que dexò el testador. 6

Si para la adjudicacion de bienes en la concurriente cantidad de la dote deviò de considerarlos conforme a el valor que tenian a el tiempo que en ellos sucedio y se hizo pago Iuan de Moraton, o a el valor que tienen de presente. 7

Si fue error, o agravio, no considerar por mas dote las 51U442. maravedis, que faltan a cumplimiento de las 251U466. maravedis. 8

Si los contrarios tienen fundada su intencion como parientes de partes de pedre, y si en caso que no parezca estar provado, deviò el Iuez adjudicar todos los bienes al pariente de partes de madre. 9

Si el dicho Iuez hizo agravio en no determinar sin reserva en quanto a los demas bienes, mandando por lo menos adjudicarlos por mitad. 10

Puesto, según quieren los contrarios, que huviesse sido falso lo afirmado, o enunciado y demonstrado por el testador, en razon de los bienes maternos, y que no huviesse avido ni dexado algunos de partes de madre, si en este caso se avran de adjudicar igualmente de por mitad todos los que dexò. 11

 Posito

Posito etiam, que se ayan de cõsiderar algunos bienes por fraternos, segun de cõtrario se pretẽde, si se avrâ de suceder en ellos de por mitad.

Todas las quales se dividiran en 2. partes principales. Los 7. primeros dubios ocuparan la primera parte, por ser todos en quanto se dize de bien sentenciado, y los demas tocaran a la segunda parte, donde solo se tratarâ de los agravios de la dicha sentencia, en lo que se deve revocar, suplir, y enmendar.

PRIMA PARS.

DUBIUM I.

Num.7 *Per negationem efficitur res dubia, y se propone la clausula de la sentencia, que se defiende en este articulo.*

LA justificacion de la dicha sentencia, cerca de la ligitimacion de la persona del dicho don Fernando, en quanto por ella se declara, ibi: *Y en ellos ser legitimo sucessor, conforme a la dicha Real executoria, el dicho don Fernando de Sandoval, y suceder en ellos conforme a la disposicion de el codicilo que Iuan de Moraton otorgò, &c.* no recibe otra duda mas de la que resulta por averlo querido negar, insistiendo en ello las partes contrarias, si es cierto, quod per negationem efficitur res dubia, segun la glos. verb. Dubium, in l.3. C. quib. ad libert. pro clam non licet.

Num.8 *Temeridad es negar lo que es notorio por escrituras y probanças, en que constã los grados del parẽtesco por la linea materna, sin que aya cosa en cõtrario.*

Pero es cosa tan notoria por los autos, que parece temeridad el negarlo, porque consta por escrituras y probanças, y aun por la misma confession de las partes: q̃ doña Teresa madre de Iuã de Moraton y doña Beatriz de Arronis fuerõ hermanas, hijas de Alfonso de Lorca y de D. Beatriz su muger, y que la dicha doña Beatriz de Arronis la moça, que casò con Anton de Avellan, tuvo por su hija a doña Maria de Avellan que casò cõ Pedro de Oluja, los quales tuvieron por su hijo a Geronymo Avellan, y Oluja, el qual caso con doña Salvadora de Aroca, y tuvieron por su hija a doña Maria de Oluja muger de don Iuan de Sandoval y Ayala, padres de el dicho don Fernando.

Num.9 *Sobre este articulo por dos vezes tiene cosa juzgada en su favor don Fernando, y se refiere la vna por cabeza de sus tios y abuelo.*

Y respeto de la dicha legitimacion, como pariente mas cercano de parte de madre, tiene el dicho don Fernando por dos vezes cosa juzgada en su favor: la una por la primera sentencia de revista donde se declararon por sucessores de la disposicion como parientes de partes de madre de Iuan de Moraton, a Geronymo de Avellan abuelo de el dicho don Fernando, y a los demas sus tios, todos hijos de doña Maria Avellã.

Num.10 *Sẽtẽcia y auto q̃ se despachó sin enbargo en cabeza de don Fernãdo, sobre el parẽtesco y legitimacion de su persona.*

Y en otra, por la ultima sentencia de revista que la litigò solo el dicho don Fernando como deudo sucessor, y decendiente de los de la primera sentencia, y saliò en su cabeça, y aviendo pedido y mandado se le despachasse la carta executoria, los contrarios suplicaron de ello y lo contradixeron, por dezir no era pariente de parte de madre, ni persona legitima para poder usar de ella, y por auto se le mandô despachar sin embargo de la dicha cõtradicion, y quitar del pleyto la suplicacion, y fue condenado el Abogado en quatro ducados, q̃ se le sacaron.

Num.11 *Sufficit probare consanguineos esse defunctos, & eorum proximitatem in gradu di-*

No obsta dezir de contrario, que no consta que don Fernando aya sucedido en las porciones y herencia de Francisco de Oluja, Macias de Oluja, doña Ana, y doña Ysabel, y doña Ines de Arronis sus tios contenidos en la dicha primera sentencia, y que avran dexado hijos y sucessores. ¶ Porq̃ demas de que lo referido es derecho de tercero, que si le huviera, es cierto que tuviera noticia de este pleyto en Murcia, y huvie-

ra salido: Se responde, que basta aver probado como son muertos todos los dichos sus tios hijos de la dicha doña Maria de Avellan su visabuela, y que consta distintamente de el grado de su parẽtesco, absque eo quod sit necesse probare nullum alium proximiorem reperiri, ni que los difuntos murieron sin decendientes ni herederos, utrumq; docent Bart. n. 45. Raph. Cuman. nu. 3. Iass. nu. 94. in l. hæres, l. is potest, ff. de adquir. hæred. per text. in l. amitæ, C. commun. de success. Alciat. in l. proximi. de verb. sign. Alex. cons. 179. nu. 10. lib. 7. Tiraquel. de retract. §. 11. glos. 1. n. 6. 8. & Dom. Præs. Covar. Rub. var. lib. 2. c. 6. n. 5. & 6. Cravet. cons. 249. in princ. novissime cum alijs quam plurimis Fuluius Pacianus, de probat. lib. 2. c. 12. n. 26. & 33.

stincto, absq; eo quod sit necesse probare illos sine filijs, & hæredibus decessisse, & nullum alium proximiorem reperiri.

Y la parte de doña Baltasara y consortes, que pretenden lo cõtrario, avian de aver alegado y probado, que de los tios de el dicho don Fernando quedassen decendientes, o herederos y deudos mas cercanos, y no lo han hecho, y ansi basta aver probado, que todos son muertos, porque la presumcion de el derecho està de que murieron ab intestato, y sin hijos, en razon de que el morir con testamento y el dexar hijos, est quid facti, que no se deve presumir si no se prueva, Dom. Præses ubi proximè, nu. 5. Alex. d. cons. 179. nu. 10. Nata, cons. 395. nu. 7. vol. 2. ubi reddit rationem, ibi: *Nam hoc quod aliquis moriatur sine filijs concordat cum qualitate status hominis, quæ ei inest ab initio, ideo qui contrarium dicit hoc probare debet, ut per Bart. in l. si prius, in 3. oppos. ff. de oper. nou. nunt. & quod quis habeat liberos est facti, & facta non præsumuntur, nisi probentur. l. in bello, §. facta, de capt.*

Num. 12
Quien pretendiere q̃ el pariente murio con testamento, o q̃ dexó descendientes, lo ha de probar.

DVBIVM II.

SVpuesto (segun lo resuelto en la duda precedente) que don Fernando y sus antecessores, en cuyo lugar ha sucedido, son los verdaderos sucessores de la calidad de maternos, succesive, cae a proposito el resolver sobre este Dubio, que accion y remedio es el que intentaron en el pleyto viejo, y la que de presente trata don Fernando sobre el cumplimiento de la Executoria, a lo qual ha dado ocasion el aver dicho de cõtrario en Estrados, que se avia intentado, y tratava de una reivindicaciõ, engaño es evidente: y para hazer demonstracion dello, no serà necessario ocupar en este lugar el tiempo en resolver la dificultad que nace dela disposicion para efeto de reconocer la naturaleza de ella: quod quidem difficile est, si se huviesse de ajustar a los terminos de el derecho, en razõ de que estando llamados e instituydos todos los parientes de partes de padre y madre con palabras directas, sub illa conditione: *Con tanto, que si la dicha mi hermana muriere sin hijos legitimos herederos, los dichos mis bienes buelvan, tornen, y los ayan y hereden mis parientes los mas propinquos, por iguales partes.* Y aviendo dexado antes instituyda tambien directamente y en primer lugar a la dicha su hermana, resultan enquentros, & pugnant inter se las reglas del derecho. Pues si queremos dezir, que los dichos parientes estàn llamados fideicomissariamente, y que se ha de sustentar por substitucion fideicomissaria, parece impide a esto el averlos llamado verbis directis, y que en la disposicion no se hallan palabras obliquas indirectas, ni que miren a restitucion por medio de tercero. Si la queremos juzgar por substitucion vulgar, no puede ser aviendo avido heredera, pues la vulgar se informa sub illa dispositione: *Si hæres non erit, &c.* Si dezimos

Num. 13
Si quiera los parietes maternos se tengan por coherederos directos, o por fideicõmissarios: La accion de q̃ se ha tratado y trata, no es de reivendicacion, y escusa la dificultad de saber la naturaleza de la disposicion, por no ser importante para este punto.

que todos fueron directamente instituydos debaxo de condicion, scilicèt, doña Patricia, sub conditione: si cum filijs decesserit, y los parietes, si sine filijs decesserit, y que a esto mira la palabra de la clausula dela institucion, que entra hablando con todos de plural, y diziendo: *Dexo de ellos y en ellos por mis legitimos y universales herederos, &c.* y que cumpliendose la condicion de morir sin hijos doña Patricia, no se ha de considerar por heredera, sino como usufructuaria, y a los demas parientes por herederos directamente: tiene ansi mismo sus inconvenientes en derecho.

Num. 14 *Teniendose por coherederos directos, tenẽdum est etiam, que la accion de q̃ trataron pidiendo se declarasse pertenecerles los bienes, fue de petitione hæreditatis.*

Pero para el punto, de quo in presenti transeat difficultas: siquiera sean herederos directos o fideicomissarios, nihil ad rem, de qualquiera manera se hallarà, que las acciones de que se ha tratado y trata, no son de reivindicacion, porque si los juzgamos por coherederos, la accion que intentaron y de que se tratô en el pleyto viejo pidiendo los bienes, y que se declarasse pertenecerles, fue de peticion de la herencia a que estavan llamados los parientes de partes de madre, y ansi usaron de la accion petitionis hæreditatis, pidiendo se declarasse pertenecerles, §. actionum, instit. de action. l. hæreditatis, C. de petit. hæred. Y mas en terminos la l. 1. glos. 1. & in §. proinde, ff. si pars hæreditatis petat. Dom. Præs. Covar. rub. pract. c. 12. per tot. maximè, nu. 1. & 2.

Num. 15 *Fundase, que aunque seã herederos fideicomissarios, no se tratò ni pudo tratar en el pleyto viejo de reivindicacion, sino de una accion util, ex testamento, vel petitione hæreditatis fideicommissaria.*

Si los juzgamos por herederos fideicomissarios, procede lo mismo, porque de tres acciones que compete a el fideicomissario. La una ex testamento. Y la otra fideicomissaria hæreditatis petitione: y la otra de reivindicacion. Solo trataron y pudieron intentar fuera de el possessorio las dos primeras, pruevase: porque la accion ex testamento, compete a el fideicomissario contra hæredem, tantum pro restitutione hæreditatis fideicommissariæ, text. & glos. vers. Conventos, in §. & sine scriptura, C. ad Trebel. Pereg. de fideic. art. 45. nu. 13. Vicensc. Fus. de fideicom. substit. quæst. 611. nu. 1. La accion de la peticion de herencia fideicomissaria, competit fideicõmissario contra extraneum qui possedit rem hæreditariam, pro hærede verò possessore, l. 1. & 2. ff. de fideicom. hæred. petit. Pereg. ubi proximè, num. 19. cum sequent. Nata, cons. 400. nu. 7. Fussario, d. q. 611. nu. 8. La reivindicacion compete, tantùm contra extraneũ titulo honeroso posidentem, l. 2. & l. hæreditatis, C. de petit. hæred. Cæphalo, cons. 761. nu. 9. Nata ubi supra â nu. 4. Fussario â n. 10. Y siendo ansi, que los contrarios ni sus antecessores no han posleydo, ni posseen los bienes con titulo de venta, ni otro alguno oneroso, sino por titulo lucratibo de coherederos, o con fideicomissarios, bien se sigue, que la accion intentada en el primer pedimiento de el pleyto viejo, adonde pidierõ declarassen pertenecerles los bienes de la dicha herencia, no fue reivindicacion, sino accion util ex testamento, o fideicomissaria hæreditatis petitio.

Num. 16 *De la accion y juyzio familiæ ærciscundæ, trata don Fernãdo de presente en virtud de la Executoria.*

La que de presente se trata en virtud de la carta Executoria, es la action y juyzio familiæ ærciscundæ, y remedio dela division y particion de los bienes, pues aunque se omitiò el darles la possesion que pidieron los parientes maternos, lo qual no les impide a la accion y remedio del juyzio familiæ ærciscundę, que tambien compete a los que no posseen, l. 1. ff. famil. ærcis. ibi: *Quæ quidem actio nihil hominus ei quoque ipso iure competit, qui suam partem non posidet, &c.* bastò que se declarassen por sucessores, porque aviendose declarado por tales sucessores y pertenecerles la herencia y sucesion de Iuan de Moraton, entra luego el juyzio familiæ

liæ herciſcundæ: quia per actionem petitionis hæreditatis in ſententia conſequuta fuit incerta pars pro indiviſo, y deſpues en el juyzio de la particion ſe ha de liquidar y conſeguir aquella parte incierta que ſe diò por la ſentencia, text. eſt expreſſus, in l. *non poſſumus conſequi per hæreditatis petitionem, id quod familiæ herciſcundæ iudicio conſequimur, &c.* ff. ſi pars hęred. petat.

Con eſto quedarà explicado, y entendida claramente la ſentencia de que ſe deſpachô la carta executoria, porq en quanto ſe declararon por ſuceſſores en los bienes de Iuan de Moraton, ſin liquidar ni ſeñalarlos, viene a eſtar la dicha ſentencia incierta, ſegun lo advierte la gloſſ. verbo, pro indiviſo, in dict. l. non poſſumus, ff. ſi pars hęred. petatur, ibi: *Et ſic ferret incertam ſententiam, cùm non poſsit ferre certam, vt inſtit. de action. §. curare, vnde, & ſi aliqua res negetur hæreditaria ſimpliciter pronuntiabit eſſe reſtituendum, quidquid ex hæreditate illa ſit penès poſſeſſorem &c.* Pero en quanto la dicha ſentencia, dize; *que ſean los bienes los q̃ ſe averiguaren, en cumplimiento de la carta Executoria*, fue viſto remitirlo al juyzio de la particion, porque en el ſe conſigue con liquidacion, y certeza lo que en general, y con certidumbre ſe declarò pertenecer actione petitionis hęreditatis, d. l. non poſſumus. Num. 17 *Averiguaciõ y liquidacion que por las ſentencias ſe remitio al cũplimiẽto de la executoria, ſe à de entender la que ſe deve hazer in iudicio familiæ ærciſc.*

Y por las palabras de la ſentencia, ibi: *Que ſean los que ſe averiguaren en cumplimiento de la carta executoria*, ſin dezir quiẽ los aya de averiguar, es de advertir, que ſe puede y deve entender, no ſolo por las partes, ſino tambien officio iudicis, dos textos lo pruevan, ambos ſub titulo, ff. de hęred. inſtit. El vno es, la l. ex facto proponebatur, quendam duos hæredes ſcripſiſſe, vnum rerum Provintialium, alterum rerum Italicarum, 35. ibi: *Sed ita, vt officio iudicis familiæ herciſcundæ cognoſcentis contineatur*: & inferiùs, *v. g. Pone duos hæredes inſtitutos, vnum ex fundo Corneliano, alterum ex fundo Libiano: fundorum alterum quidem facere drodrantem bonorum, alterum quadrantem. Erunt quidem hæredes ex æquis partibus, quaſi ſinè partibus inſtituti: verumtamen officio iudicis continebitur, vt vnicuique eorum fundus qui relictus eſt, adiudicetur, vel attribuatur, &c.* El otro texto ſobre otra clauſula, caſi ſemejante a la diſpoſicion de que ſe trata, es la l. qui non militabat, 78. *Qui non militabat* (vt inquit textus:) *Bonorum maternorum, quæ in Panonia poſsidebat libertum hæredem inſtituit, paternorum quæ habebat in Syria Titium; iure ſemiſes ambos habere conſtitit: ſed arbitrium dividẽdæ hæreditatis ſupremam voluntatem factis adjudicationibus, & interpoſitis propter actiones cautionibus ſequi; ſalva falcidia, &c.* Con lo qual ſe juſtifica la ſentencia del dicho Alcalde mayor, en quanto por el juyzio familiæ herciſcundæ, mandò hazer adjudicacion de la parte liquida de bienes q̃ le parecio pertenecer a don Fernando, y que las partes nombraſſen contadores. Num. 18 *Pruevaſe cõ dos textos, que la averiguaciõ que piden las ſentencias, à deſer officio iudicis, in iudicio familiæ ærciſc. y concluye de bien ſentenciado, en quanto a eſto que parece averlo ſeguido el Iuez de Murcia.*

DVBIVM III.

EN quanto a la duda tocante a los frutos y rentos, no la ay, de que el dicho Alcalde mayor juzgò bien: y aſsi la reſolucion della deve ſer, que todos quantos bienes le pertenecieren y ſe le devieren mandar adjudicar al dicho don Fernando, como a tal ſucceſſor, ha de ſer con los frutos y rentos que les correſpondieren en conformidad de lo juzgado por el dicho Iuez, quod quidem patet ex ſequentibus. Num. 19 *Introducitur hoc dubium, & breviter proponitur eius reſolutio.*

Lo primero, porque es concluſion textual, y ſin contraditor alguno, q̃ Nnm. 20

a los

Res hæreditariæ, sivé fidei commißariæ restitui debent, cúm fructibus & vsuris, de cursis saltim ex die litis contestationis verißimum est in iure.

a los fideicomissarios vniversales se les ha de restituir los bienes y herẽcia con frutos y rentos desde el dia, a lo menos, de la litis contestacion, l. 1. & fin. C. de vsur. & fruct. legator. vel fideicommis. cap. Raynuntius, §. cûm autem, & ibi gloss. verbo, contestatæ, de testam. l. 37. tit. 9. part. 6. omnes vno ore, in l. fideicommissariam, 18. ad Trebel. Simon de Pretis, lib. 3. dubio 5. fol. 2. â nu. 17. Peregrino, de fideicom. art. 49. nu. 86. Vicen. Fusar. de fideicom. substi. quæstion. 626. *fructus an veniant in restitutione fideicom.* Porque la voluntad del testador viene a ser que los ayan y lleven con frutos desde el dia que se devieron restituyr, l. Herennius, 42. ff. de vsur. Y porque no aviendo, como no huvo, negligencia en pedir los dichos bienes, a lo menos desde entonces vienen a quedar constituydos en mora el gravado y sus herederos ò posseedores, & quia post cedentẽ fideicommisi, & conditionis eventum hæredes gravati dicuntur in mala fide, ex quo pro se non habent iudicium defuncti, l. mulier, 22. §. si hæres, ff. ad Trebel. que la induze y explica a este proposito Pedro Surdo, decis. 25. n. 12.

Num. 21
Heredero ò fideicomißario a quien se declara por sucessor en la propiedad de los bienes, los ha de llevar con frutos.

Lo otro, por que no es compatible en buena razon de juris prudencia, que por las sentencias se ayan declarado por sucessores en la propiedad de los dichos bienes a los parientes de partes de madre, y que las partes contrarias se llevassen los frutos dellos no siendo suyos: y asi quando no huviera mas de las dichas sentencias, era forçoso mandarlos dar con frutos y rentos, y que los ayan de restituyr las partes contrarias, como posseedores que los han gozado sin pertenecerles, vulg. l. ex diverso, 35. §. vbi autem, dûm Paulus dicit: *Et iudex sententia declaravit meum eße, debet etiam de fructibus poßeßorem condemnare.* Y mas abajo dâ la razon sic: Non debere enim lucro possessoris cædere fructus, cùm victus sit: alioquin (vt Mauritianus ait) nec rem arbitrabitur iudex mihi restitui, & quare habeat, quod non esset habiturus possessor, si statim mihi possessionem restituisset? ¶ De a qui procede la conclusion que truxo Peregrino, in dict. art. 49. nu. 88. diziendo: Que siempre que al fideicomissario vniversal ó particular le pertenezcan en propiedad los bienes, los han de llevar cùm sua causa, id est, con los frutos y aprovechamientos dellos.

Num. 22
In iudicio familiæ ercisc. veniunt fructus, aliquando á tempore mortis, aliquando à die litis contestationis.

Lo tercero, porque en el juyzio vniversal de la particion y division de que se trata en virtud de la executoria, la adjudicacion de lo que a cada vno tocare y se adjudicare, ha de ser con frutos y rentos, l. non solum, 56. ff. fam. hercisc. *Non solum* (inquit Consultus) *Finium regundorum, sed & familiæ herciscundæ iudicio prateritiq; temporis fructus veniunt.* Y en caso de que se negase a el coheredero, ò a el confideicomissario tener parte en la herencia, se deven adjudicar los frutos desde la contestacion del pleyto, l. inter coheredes, 44. §. fructus, l. fundus, 51. in principio, ff. famil. hercisc. Y asi en ningun acontecimiento se puede dudar el deverse hazer la dicha division de bienes con frutos desde el año de 1550. que es quando murio sin hijos doña Patricia, y se contestò el dicho pleyto.

Num. 23
Liquidacion de frutos de mucho tiempo, se ha de hazer de 10. a 10. años.

Demanera, que por ninguna via se pueden escapar los contrarios sin restituyr con frutos, cuya cantidad se devio, y deve yr arbitrando de diez a diez años, segun el orden con que lo juzgô y arbitrò el dicho juez, regulandolo por las escrituras y probanças de testigos que siguen el dicho orden, porque poca ô ninguna mudança se presume intrâ decennium del valor ô frutos y rentos de vna cosa, Bald. in l. vnic. in fin. versic. Quæro nunquid, C. de sent. quod pro eo interst, Nata, cons. 253. vol. 1.

Y no

Y no ay probança en contrario, porque la que se hizo en esta instancia con diez y siete testigos, dizen, que por el año de 1550. las heredades, sobre que se litiga, eran infructiferas, carricales y saladares, y tierras inutiles, que no dieron frutos, ni aprovechamiento alguno hasta el año de 1600. los quales han dicho temerariamente, y contra toda verdad, y estan convencidos con el testimonio que ha presentado la parte de don Fernando, sacado de los libros de los diezmos, por donde consta de los frutos que cogieron Francisco Tomas, y doña Baltasara su muger estando viuda, y sus hijos desde el año de 1552. hasta el de 1617. que son muchas y muy grandes sumas y cantidades de trigo y cevada, havas, garvãços, alcandia, y otras semillas, pues solo el año de 1552. pagò de diezmos el dicho Francisco Tomas 147. fanegas de trigo, y 56. fanegas y media de cevada, que corresponden a frutos de 2U35. fanegas de trigo y cevada, y tambien estan convencidos para los demas años con las escrituras de los arrendamientes: con lo qual quedan sospechosos en todo lo demas para en caso que huvieran depuesto alguna cosa de importancia.

Num. 24 *Los testigos de contrario en esta instancia estan convencidos cõ el testimonio de los diezmos, y escrituras de arrendamientos.*

DVBIVM IIII.

NEcessario es inquirir antes de entrar en esta duda quien son Actores y Reos en este pleyto, y supuesto que se trata de vn juyzio de particion, parece que todos vendran a serlo: quia in iudicio familię ęrciscundę, omnes sunt actores & rei, & in eo singulæ personę duplex ius habent agentis, & eius quo cûm agitur: quia par omnium causa est, l. iudicium, 10. ff. finium reg. l. inter coheredes, 44. §. qui familię, ff. fam. ęrcisc. y en particular le toca a los contrarios la carga de Actores, maximè en las cosas tocantes al pleyto viejo, a donde sus autores fueron los que provocaron, y primeramente pidieron como parientes de partes de padre.

Num. 25 *En el juyzio famil. ercisc todos son Actores y Reos, a quien igualmente incumbe la carga de prueva, & maximè a los contrarios, en las cosas tocantes al pleyto uiejo.*

La parte de don Fernando por lo que le toca, como Actor y Reo en el juyzio de la particion, a cumplido con provar, como tiene provado con la confession de los contrarios, y con el inventario que ha presentado, que todos los bienes, sobre que se litiga, son los comprehendidos en la disposicion, y los que quedaron por fin y muerte de Iuan de Moraton: y assi no le es necessario provar el dominio dellos, para fundar que huviessen sido maternos, y que por tales avian quedado basta q̃ el testador los aya posseido y dexado indistinta y generalmente por bienes maternos y paternos, y que se hallan en su herencia, quod probatur ex his quæ ad rem tradit, Marc. Ant. Nata, cons. 400. per tot. maximè ex nu. 4. vsque ad nu. 7. donde concluye: *Et tùnc satis est quod fideicommissarius probet rem fuisse in hæreditate repertam, vel per defunctum possessam, l. & non tantum, ff. de pet hæred.*

Num. 26 *Bastale aver provado a D. Fernando que los bienes a que estan llamados los parientes maternos, son de los contenidos en la disposicion.*

De aqui resulta, que para que la parte de don Fernando aya de llevar la mitad de la herencia de que se trata, no le incumbe la carga de provar aver sido en prodiedad los bienes de calidad de maternos, pues basta q̃ el testador los aya dexado general e indistintamente sin especial distincion por tales bienes matetnos y paternos, y que en ellos estan llamados conjunctim los parientes mas cercanos de parte de padre y de madre, sin aver especialmente señalado los bienes que eran de una ò otra calidad, con que fue visto que quiso, quod detracta mentione paternę & maternæ qualitatis, sucediessen de por mitad, como lo dexava dispuesto en el

Num. 27 *El testador no señalò quales eran bienes paternos y maternos, a todos los juzgó indistintamẽte por de ambas calidades.*

en el testamento, y el que pretendiere contraria voluntad, lo ha de provar euidentemente, l. quotiens, 9. §. hæredes, y en terminos mas rigurosos parece lo prueva el §. siguiente, si duo sunt hæredes instituti, dûm dicitur: *Celsus expeditissimam Sabini sententiam sequitur, vt detracta fundi mentione, quasi sine partibus hæredes scripti hæreditate potirentur, si modo voluntas patris familias manifestissimè non refragatur*, y la l. si alterius, 10. ff. de hæred. inst.

Num. 28 *En caso de que la disposicion se aya de entender iuxta text. in l. qui non militavat, & l. ex facto: el que pretendiere q̃ ay mas bienes de la una calidad, que de la otra, lo ha de probar, para q̃ se le adjudique la demasia, iure prælegati.*

Pero dando sin perjuyzio de la verdad, que la voluntad del testador fuesse querer que cada linea de parientes llevasse separadamente en cātidad y calidad los bienes que tocassen a su classe de paternos ô maternos, iuxta decissionem textus, in d. l. qui non militavat, 78. ff. de hæred. inst. cui non assentimus, nec placere debet, dûm veritatis scopum attingere cupimus, como se resolverà en el Dubio 11. donde se tratarà de el verdadero entendimiento de la disposicion del testador, y se explicarâ la d. l. qui non militavat, 78. con la razon de diferencia que tiene el caso della al desta disposiciō, suponiēdo pues, como dezimos, q̃ los de la linea materna no huviessen de llevar en calidad y cantidad de otros bienes, mas de los que huviesse maternos, y los de la linea paterna, mas de los que huviesse paternos, en este caso dicendum est: Que qualquiera de los coherederos, ò confideicomissarios que pretendiere llevar mas de la mitad, por dezir, quod iuxtà voluntatem defuncti està aventajado y mejorado en bienes de aquella calidad, lo deve provar, para que se le adjudiquen iure prælegationis, como lo dize la gloss. verbo, adjudicetur, sic: partim iure prę legationis, partim iure hæreditario, &c. in d. l. ex facto proponebatur, 35. de hæred. inst. y se colige del mismo texto, ibi: *Erunt qnidem hæredes ex æqnis pattibus, quasi sine partibus instituti, &c.* iuncto vers. *Erunt tamen hæredes ex æquis partibus: quia nulla pars expressa adscripta est, quæ res facit, vt si fortè in aliijs facultatibns plus sit (in Italicis fortè, quàm in Provintialibus) in alijs minus, &c.*

Num. 29 *Por parte de don Fernādo se ha de fundar, que ay mas bienes de la calidad de maternos.*

Y ansi se fundarà para resolver este dubio, que està probado la dote que pretende llevar don Fernando ultra de la mitad de los demas bienes, que quedare sacada la dicha dote, y que fue justa la sentencia en quāto considerò por probada y averiguada la dicha dote, que el Iuez le mandô adjudicar en los bienes a ella correspondientes.

Num. 30 *Propone la causa que obliga a referir en el hecho todo lo tocante de la dote.*

A la vista de este pleyto no se ajustò bien el hecho, que en razon de la dicha dote resulta, probado por escriruras y probanças, porque se yva cō presupuesto de que eran bastantes las particiones de los bienes de la abuela materna de Iuan de Moraton, y esto lo han reconocido los contrarios en este ultimo pleyto, sobre el cumplimiento de la Executoria, haziendo su defensa por otro camino: y debaxo de la misma suposicion por otras excepciones y causas, que son las contenidas en el 5. 6. y 7. dubio, hasta que por los Señores de la Sala se reparô en ello, y en particular en lo tocante a las dichas particiones, por cuya causa se mandò, que el Relator lo ajustasse por memorial, y essa misma ha obligado con especial desvelo y advertencia, se aya visto por el original de el pleyto, sin atender a los memoriales viejos, todo lo tocante a la dicha dote, y referirlo en este informe: mayormente, porque de ello han de nacer los medios y fundamentos que tenemos de derecho, para resolver como està probada bastantemente la dicha dote.

Num. 31 Y ansi en quanto a el hecho parece que por el año de 1494. se otorgaron

garon dos escrituras de particion, fechas y determinadas en virtud de compromissos, por sentencias de juezes arbitros, y no solo una como se entendiò en la Sala a la vista, ambas fueron de los bienes que quedaron por fin y muerte de doña Beatriz de Arronis abuela de Iuan de Moraton, y suegra de Francisco Moraton su padre; pero con esta diferencia, q̄ la una particion fue entre Alfonso de Lorca viudo de la dicha doña Beatriz, de la una parte; y de la otra, sus hijos e Francisco Moraton su yerno, marido de doña Teresa, y en ella se ponen por cuerpo de bienes los dotes y legitimas que avian dado a sus hijos: y sacaron el capital, que a los arbitros les constò aver llevado a el matrimonio el dicho Alfonso de Lorca, y por otra parte sacaron la dote y bienes hereditarios de doña Beatriz su muger: y de lo que restò por multiplicado, sacaron las deudas, y lo demas lo adjudicaron de por mitad a la parte de Alfonso de Lorca, y la otra mitad, a la parte de la dicha doña Beatriz su muger, y a sus hijos en su nombre, y a cada una de las dos partes le computaron en vazio la mitad de las dotes y legitimas que avian dado a los dichos sus hijos, por que lo sacaron de lo multiplicado, excepto el dote que se avia dado a Frãcisco de Moraton con doña Teresa; porque en quanto a esto huvo enquentros y dissenciones entre las partes, en razon de que los bienes que se avian dado en dote y casamienro a doña Teresa eran en cantidad de 200U. maravedis, y los que aviã llevado los demas hermanos era en mucha menos cantidad de a 50U. y de a 90U. maravedis; y ansi se conformaron de que por quenta de la legitima de el padre quedassen los cien mil maravedis, y los otros cien mil fuessen por quenta de la legitima de la madre: y las clausulas mas importantes tocantes a el intento, se han hecho poner en el memorial, desde el nu. 58. hasta el nu. 72. — Num. 31 *Primeras quentas y particiõ de los bienes de la abuela materna de Iuan de Moraton, por determinacion y sentencia entre su abuelo materno, y doña Teresa, y Francisco Moraton sus padres y tios de partes de madre.*

Pero la partida mas sustancial, y que pareciò diò causa y motivo a el compromisso para las primeras quentas, dize ansi: *Otro si fallamos, que por quanto a el tiempo que casò Alfonso de Lorca a su hija Teresa de Arronis con Frãcisco Moraton, le mandò docietos mil maravedis, e porque se esperava debate y enojo, e pleyto y contienda, y por se quitar de los dichos enojos, dixeron, que mandavan y mandaron, que el dicho Francisco Moraton y la dicha Teresa de Arronis traygan aora a particion de las dichas docientas mil maravedis, las cien mil maravedis por parte de su madre, por quanto ella estuvo presente a el tiempo que el dicho Alfonso de Lorca su marido se los mandò: y despues de el fin de el dicho Alfonso de Lorca, traygan las dichas cien mil maravedis a particion con sus hermanos, para que igualmente todos partan la dicha herencia, las quales dichas cien mil maravedis la dicha Teresa de Arronis tienen ya recebidas de el dicho su padre, en esta guisa. La mitad, de los mejoramientos que los tienen recebidos de el, segun parece por la carta de pago que el dicho Alfonso de Lorca tiene suya, de las docientas mil maravedis que le tiene dadas y pagadas: y la otra mitad, en las cinquenta y tres tahullas que eran de la dicha doña Beatriz de Arronis su madre, en el Pago de Venibale, y Mejahaco, las quales dichas tahullas fueron estimadas en 119U.250. de la qual dicha cantidad de la dicha estimacion les ha de* — Num. 32 *Refierese la clausula mas substancial tocãte a las primeras quẽtas y determinacion de los arbitros.*

pagar el dicho Alfonso de Lorca la mitad a los dichos sus hijos, la qual dicha mitad han de recebir por su parte el dicho Rodrigo de Arronis su hijo, que le pertenece de la dicha su madre, porque ansi està concertado entre ellos e nos. Los dichos Iuezes por esta nuestra sentencia difinitiva pronunciamos y mandamos a los dichos,&c.

Num.33 *Segunda particion entre los hijos herederos, y ierno de D. Beatriz de Arronis la vieja.*

Las otras quentas y particion, fueron entre los hijos y herederos de la dicha doña Beatriz, de los bienes que por la primera particion pareciò averle tocado a la dicha doña Beatriz, y haziendo mencion en tres o quatro partes de los cien mil maravedis de la mitad dela dote que truxo a colacion Francisco Moraton, y doña Teresa, se le adjudican y haze pago de ellos en vazio, juntandolos con otros 44U.466. maravedis que le tocaron, de manera que todo lo que le tocò de legitima materna a la dicha doña Teresa, fueron 144U466. maravedis, y los otros 100U. maravedis quedaron por quenta de la legitima paterna.

Num.34 *Notatur, quid comprehendat in compromissis illa dictio, &c.*

Sed ante quàm ab hinc habeamus duo notanda sunt, cerca de los cõpromissos y sentencias arbitrarias de la dicha particion. Lo uno, que en los compromissos y particiones, intervino Francisco de Moraton y doña Teresa su muger, porque se repite muchas vezes: *Que estando presentes las partes*, y en ambos dize, ita sic: *Ruy Gonçalez de Arronis, e Teresa de Arronis muger de Francisco de Moraton, con su licencia, &c.* y la diccio, &c. incluyô virtualmente todo aquello que de estilo se suele poner, y que es de la naturaleza de el acto para su validacion, Gonçalez, in regul. 8. Cancell. glos. fin. à nu. 3. usque ad nu. 10. per text. in l. si duo patroni, §. si quis iuraverit, ff. de iur. iur. l. si quis, cum l. seq. ff. de evictionibus, y ansi la dicha diccion contiene lo mismo que si en los compromissos y particiones expressamente se dixera, que estando presente Francisco Moraton, otorgò licencia a su muger, para estar y passar por todo lo en ellas contenido, y se obligò de no lo revocar ni contradezir, sino de estar y passar por ello.

Num.35 *Fundase quan grande fè y credito se les deve dar a las sentẽcias de las particiones, y se responde a las objeciones que de contrario se pueden oponer.*

Lo otro, que no se puede dudar de la fè y credito que se les deve dar a las sentencias arbitrarias, autos, y escrituras de las dichas particiones, aviendose hallado en registro, y protocolo autentico de Escrivano publico, fiel, y legal. l. 9. & 10. tit. 19. partit. 3. Rebuf. ad leg. Gallic. in tract. ut contract. & testam. art. 1. glos. 4. in princ. ubi dicit, quòd Registrum est liber in quo acta publica conscribuntur ad memoriam publicam, & perpetuam & posteritati ostendendam. Sin que a esto perjudique en cosa alguna lo que de nuevo se ha advertido en el memorial, diziendo, que no parece q̃ en el traslado esten sacadas las firmas de las partes, ni de Francisco de el Castillo Escrivano publico: a lo qual tripliciter respondetur. Lo primero, que aunque en el original estuviesse sin firmas de las partes, ni de el dicho Escrivano, no fue necessario, porque basta que se hallassen firmadas de los Iuezes arbitros, que el uno de ellos que fue Fernando del Castillo padre de el dicho Francisco del Castillo, era tambien Escrivano, y firmò como tal, ambos fueron haziendo las dichas particiones en forma de autos, y en ellos incorporaron los compromissos: y para que se les dè fè a los autos y sentencias, no es necessario se firmen de las partes, bastan las firmas de los Iuezes, y de el Escrivano, como lo era el dicho Fernando del Castillo, l. 27. tit. 6. lib. 3. Recopil. ibi: *Y todas las sentencias, ansi civiles, como criminales, que sean firmadas de el, o de sus oficiales que las dieren, y de*

el

el Escrivano ante quien passaren, &c. Avendaño, in c.Prætor. lib.2.c.16.n.2.Aviles.c.36.vers.firmadas,à nu.1. ni fue necessario que se pusieran,como se pusieron testigos,ni menos q̃ firmassen,probat glos. celebris, vers. Los testigos,in l.54.tit.18.partit.3. ¶ Lo segundo,que aunque estuviera omitida la firma de el Escrivano, bastava el estar en protocolo autentico,que suple todos los signos y firmas de el Escrivano,que faltaren en las escrituras de el registro,Abb.in c.1.n.3.de fid.instrum. Sigueça, de claus. lib.1.c.1.n.31. ¶ Lo tercero y ultimo,aunque no fueran como son autos y sentencias,sino escrituras publicas,no era necessario por aquel tiempo que las partes las subscriviessen,y firmassen, porque la l. 13. tit.25. lib.4. recopil.que dize, que las partes que las otorgaren las firmen, se promulgò el año de 1503. y las dichas particiones son de el año de 1494. en tiẽpo que conforme a la l.54.tit.18.partit.3. no se requiria, ni era necessario que las partes firmassen.Y ansi las partes contrarias tacitamente han cõfessado la fè que se les deve dar a las dichas particiones,porque en el discurso de el pleyto viejo,ni en el de este, no han opuesto, ni alegado cosa alguna.

Y bolviendo en prosecucion de las escrituras que ay en prueva de la dote,parece por el testamento de Francisco Moraton, que presentaron las partes contrarias en el pleyto viejo, cuyo otorgamiento fue en tres de Iulio de 1514. despues de aver muerto doña Teresa su muger, y por una clausula de el, lo sigviente: *Iten,dexo y mando,que sean cobrados de Anton de Avellan 7U. maravedis de la dote de mi muger, que está obligado por ellos ante Notario.* Y en la institucion de herederos,despues de aver nombrado à sus hijos,dize: *Mis hijos y de la dicha doña Teresa de Arronis mi muger difunta,que Dios aya.* Num.36

Clausula del testamẽto de Frãcisco Moraton en que haze mencion de la dicha dote.

Y es de advertir,que Anton de Avellan (de quien haze mencion en la dicha clausula) era cuñado de el testador, que despues de las particiones casô con doña Beatriz hermana de doña Teresa, de quien fue hija doña Maria de Avellan,visabuela de don Fernando, segun està provado sobre la sexta pregunta de la instancia de Murcia. Y los 7U.maravedis son demas de los 244U466. de la particion,porque a el tiempo de ella no era muerto Alfonso de Lorca,y despues por su muerte, es de creer se hizo particion de sus bienes, que esta no ha podido ser avida, y en ella se igualaron los cuñados, hijos, y herederos de Alfonso de Lorca; y de alli huvo de resultar,que el Anton de Avellan quedasse alcançado en los dichos 7U. maravedis, de que le otorgò escritura de obligacion a el dicho Francisco de Moraton su cuñado, por bienes de la dicha dote de doña Teresa. Num.37

Anton de Avellan fue cuñado de Frãcisco Moraton: y se propone la causa de dõde provino la deuda de 7U. maravedis de la dote que confiessa Frãcisco Moraton.

Y por otra escritura que presentaron los cõtrarios,otorgada por Ynes de Moraton, en favor de Iuan de Moraton su hermano, para entrar Mõja en el Convento de Señora Santa Ana; su fecha en 30. de Setiembre de 1525. años,dize la susodicha: que renuncia en su hermano las legitimas que le pertenecen de su padre y madre: y despues mas abaxo dize, que le haze donacion de los bienes de su padre y madre. Num.38

Escritura de renunciacion de D. Ynes hermana de Iuan de Moraton,en q̃ cõfiessa tener bienes y legitima de parte de su madre

La disposicion de Iuan de Moraton dize,assertive, *los bienes que huve y fueron de la parte de mi madre.* Num.39

Palabras assertivas de el testador sobre lo mismo.

La probança sobre la septima pregunta de parte de los sucessores maternos, donde se articula,que la dicha dote y bienes hereditarios de doña Teresa,fueron en mas cantidad de 400U.maravedis, dizen testigos. Nnm.40

Probãça sobre la dote

tigos. Alfonso de Oña de edad de 74. años, q̃ lo cõtenido en la pregũta se lo oyò dezir a Iuã de Moratõ antes q̃ muriesse, y q̃ lo vio y sabe. Alõso de Avalos se remite a la particion q̃ Alfonso de Lorca hizo con sus hijos. Francisco Iofre da Loaysa, de 80. años lo mismo. Diego de Lara, de 70. años, dixo: Que lo contenido en la pregunta es publico y notorio en la ciudad de Murcia, y que se remite a la particion y demas escrituras.

Num. 41 *Sentencias de revista que cayeron sobre las dichas escrituras, y probanças, en conformidad de la pretensiõ de que huvo la dicha dote.*

Las sentencias de revista que cayeron sobre todo lo referido, dizen: *Y declaramos por sucessores de Iuan de Moraton, en los bienes que le pertenecieron por parte de doña Teresa de Arronis su madre, y vinieron a poder de doña Patricia de Arronis, hermana del dicho Iuan de Moraton, &c.*

Num. 42. *Fundase con muchos medios de derecho, q̃ por las dichas particiones de los bienes de los abuelos maternos de Iuan de Moratõ, se prueva la dote y legitima de su madre.*

Hactenùs de facto, nnnc videndum est de iure, y discurriendo por las dichas escrituras, no solamente todas juntas aiudadas vnas con otras hazen vna plena y fuerte probança de que huvo la dicha dote, sino que cada vno de por si, ò a lo menos acompañada con otra qualquiera, es muy bastante. Y començando por las escrituras de quentas y particion, aunq̃ las palabras de averse prometido, dado y recibido la dicha dote sean enunciativas, pruevan suficientemente como se fundarà por muchos medios. ¶ El primero, ex eo quod verba enuntiativa scripta in publico instrumento, probant contrà eosdem contrahentes qui interfuerunt, maximè, si la mencion dellos se requeria precissamente ad expeditionem actus, de quo agebatur (proùt in præsenti, que fue necessario tratar de la dicha dote que se avia dado a doña Teresa, y la que devia traer a collaciõ para ajustar la quenta y particion) vulg. l. optimam, C. de contrah. & cõm. stipul. Bald. in l. ad probat. in fin. C. locati, l. 1. C. de fid. instr. & iur. hast. fiscal. lib. 10. Alex. cons. 50. n. 7. lib. 5. & in cons. 152. nu. 1. lib. 7. ibi: *Satis probatur ex instrumento divisionis initæ, inter Dom. Albertinum, & Paulum, anno 1452. die vltim. Ianuarij: nàm quo ad Paulum cum quo celebratum est dictum instrumentum divisionis, constat per ipsum instrumentum divisionis probari vera esse omnia in eo contenta, l. optimam, C. de contrah. & com. stipul. l. quidã, ff. de probat. l. Publi. § fin. ff. de poss. sed ibi narratur, quod d. possessio erat primo communis dictorum fratum, & quod posteá assignatur in totum ex causa divissionis, d. Albertino, per consequens, &c.*

Num. 43. *Pruevase que Francisco Moraton y su muger con su licencia inter uinieron a el otorgamiẽto de las dichas particiones.*

Y no se puede dudar. Lo vno, de que el dicho Francisco de Moraton y su muger con su licencia fuessen los otorgãtes, y estuviessen presentes, porque se dize y repite quatro vezes en las dichas escrituras a que se deve estar, d. l. optimam, ibi: *Et si inter præsentes partes, res acta esse dicitur, & hoc esse credendum*, y la l. 32. tit. 11. part. 5. ibi: *Pareciendo alguna carta que fuesse fecha de mano de escrivano publico, firmada con testigos o otra carta, sellada con sello autentico, en que dixesse, que estando ambas las partes presentes que sea creida tal carta, maguer el otro niega que non fue presente.*

Num. 44. *Quidquid in publico instrumento reperitur, censetur scriptũ voluntate, & mandato partium.*

Lo otro, de que lo contenido en las dichas escrituras, fue dicho y cõfessado por el dicho Francisco Moraton y su muger, porque todo lo que se halla puesto en vna escritura, se presume dicho y escrito de orden y voluntad de las partes, l. cùm precibus, 18. C. de probat. Bald. in l. errore, nu. 3. C. de testam. vbi docet, quod quidquid scriptum reperitur in publico instrumento, censetur scriptum de voluntate & mandato partium, Anton. Bellon. cons. 58. nu. 19. y es prueva bastante contra ellos, mayormente siendo lo que se halla escrito partidas y deuda que avia de resti-

tuyr

l. hæres quandocumque de adquirenda hæredit. Imola in l. filius à patre, num. 6. quem sequitur Picus, &c. & inferiùs, contraria vero sententia, quæ matrem proprietariam plenéque hæreditatis dominam cõstituit, addito onere fideicommissi, iniqua est, ita vt testatoris voluntatem, quæ primum locum obtinere dispositionemque gerere debet; l. in conditionibus, ff. de condit. & demonst. destruit & euertit. Responsa vero quibus iuuantur illius sententiæ Authores, nullo dato hærede vniuersali loquuntur, at hic institutæ sunt sororis filiæ, quæ institutio facit, vt matris dispositio, legati, magis quàm institutionis speciem habeat d. l. quoties, C. de hæred. instit.

Y no impide si se dixesse, que tambien vsò de la palabra, *Bueluan, y tornen*, porque assimismo es directa y comun, Alexand. Trintac. 4. part. d cap. 4. num. 21. versic. Reuertatur est commune, e inmediatamente obra ipso iure translacion del derecho hereditario, l. quisquis 6. C. de omni agro deserto lib. 11. Tiraquel. in l. si vnquam, versic. Reuertatur num. 1. & 5. Num. 75.

Verbum, bueluan y tornen, es directũ & commune.

Sed esto que se huuiessen de traer las palabras de la dicha disposiciõ a vna substitucion fideicomissaria, segun la opinion de otros fundados en la l. Centurio, y en el cap. si pater. de testament. in 6. no se puede negar, que venia a ser vniuersal de todos los bienes, derechos, y acciones; porque la institucion de Iuan de Moraton, y el llamamiento que hizo en caso de morir su hermana sin hijos, fue vniuersal, sin que por el codicilo la coartasse en quanto a los dichos bienes, porque solo en el declarò, y distinguio la calidad dellos, y la de los parientes que los auian de auer, segun se prouò latamente en nuestra informacion dubio 11. à num. 116. demanera que en quanto a la cantidad de los bienes, derechos, y acciones siempre quedò en terminos de vniuersal, y assi lo vino a ser cum substitutio vniuersalis sit, quandoquis per fideicommissum relinquit totam hæreditatem suam; segun todo el titulo, y el §. in primis inst. de fideicommiss. hæredit. Mantica de coniect. lib. 7. tit. 2. num. 7. Num. 76.

Dado quod verba trahi debuerant ad substitutionem fideicommissariam, y de qualquiera manera que se considere, la dispcsiciõ fue vniuersal.

Finalmente aunque estuuieramos en caso de duda, y de substituciõ fideicomissaria se auia de juzgar por vniuersal; quia in dubio fideicommissum iudicandum est vniuersale, & non particulare, l. cogi, §. de successione, ff. ad Trebel. Vincenc. Fuss. quæst. 268. num. 11. Num. 77.

Etiam in dubio censetur fideicõmissum vniuersale, & non particulare.

SEXTA ET VLTIMA PARS.

Scholio Vndecimo.

QVe sean los que se aueriguaren en la execucion de la carta executoria que desta sentencia se diere, la fuerça de la mayor defensa de los contrarios vate en esta clausula, porque diran: ¶ Lo primero, que mediante ella, viene a ser la sentencia incierta, que por derecho es nula, etiam in actione vniuersali, l. fin. C. de sentent. quæ sint cert. quantit. prof. ¶ Lo segundo, que no contiene condenacion de restitucion de bienes cõtra los reos, la qual no se presume, l. si iudex, ff. de his qui sunt sui, vel al. iur. l. 1. C. si plur. vna sentent. Alexand. consilio 106. num. 1. vol. 5. ¶ Lo tercero, q̃ aunque huuierã alguna condenaciõ de bienes, no se puede presumir la de frutos, porque expressamente es necessario se condene en ellos, l. 4. C. de positi, l. terminato, C. de fruct. & lit. expens. ¶ Lo quarto, que no puede valer tal sentencia, que se remita a lo que se prouare, gloss. Bart. & Bald. in l. cum iudex, C. de sentent. ¶ Lo quinto, que todo Num. 78.

Para mejor inteligẽcia desta clausula en q̃ està la fuerça del pleyto, se entra oponiẽdo de contrario 6. fundamentos.

lo juzgado, dado caso que lo huuiesse, se viene a resoluer en vna reserua de lo que se aueriguare, que no da, ni quita derecho, l, si quis legauerit 72.ff.de leg.1.Crauet.consil.29.num.8.& consil.33.num.20. & consil.72.num.6. ¶Lo sexto y vltimo, porque dado que pudiesse obrar la reserua de que la sentencia fuera valida, don Fernando no tiene prouado, ni aueriguado, que aya bienes algunos de la calidad que se requieren.

Num.79. *Sententia debet intelligi ex petitione & causa, & secundum mentem iudicandis, quia talis praesumitur fuisse qualis debuit, & iuris ratio persuadet.*

Con la solucion, y respuesta que se diere a las oposiciones referidas, ha de quedar mas bien entendida la clausula y sentencia, y la cosa juzgada della, y con mas solidos fundamentos la pretension de don Fernando, para lo qual duo supponenda sunt. ¶Lo primero, que la sentencia, y clausulas della se deuen entender ex peticione causa & actione, de qua vertebatur in iudicio, Menoch.consil.80.num.44. & secundum mentem iudicantis, quæ talis videtur fuisse qualis esse debuit, & iuris ratio persuadit, Mantica decis.349.num.5.ex Bald.in l.1.C.de negotijs gestis, & consil.43.num.3.& alijs, Vincenc.Fuss.consil.93.num.20. ¶Lo segundo, que la accion de que se trató en el dicho pleyto fue vniuersal de vna peticion de la sucession de la herencia que pertenecia a los parientes de partes de madre de Iuan de Moraton, ex tit.ff. de petitione hæredit.& ff.si pars hæred.petat.

Num.80. *Valida est in iudicijs vniuersalibus sententia in certa, quæ venit liquidanda in eius executione.*

Quo supposito ad primum respondetur, que las palabras de la dicha clausula estan ajustadas a la disposicion del derecho, y a la forma que se deuio tener en sentencia dada sobre la dicha accion vniuersal de peticion de la sucession de la dicha herencia, porque la regla es, quod in iudicijs vniuersalibus valeat sententia in certa, y basta que los bienes se certifiquen, y liquiden en la execucion della, textus & glossa verbo pro in diuiso in l.non possumus 7.ff.si pars hæred.petat.glossa verbo datur, versic. Aliud tamen puto in parte in certa hæreditetis petita, &c. in l. quæ de tota 76.§ in certe, ff.de reivendicat. glossa magistralis in l.1.ff. de edend.& in l.2.versic. Item in iuditijs vniuersalibus pronuntiatur in certum, &c.C.de sentent.quæ sin.cert.quant.profert glossa in cap.2. de lib.oblat. y es pratica fundada en la l.defensionis, C.de iur.fisc. libro 10. Anton.Gomez in l.45.Taur.num.165.Barbosa in 3.part.rub.ff.soluto matrimonio, num.48.& 50. y en terminos de fideicomisso vniuersal, Marcario de fideicommis.quæst.70.el qual dudando si valdria semejãte sentencia, dize: *Respondeo quod quia est iuditium vniuersale procedit ista in certa sententia, & certificabitur tempore executionis.*

Num.81. *Si la sentencia in iuditio vniuersali es incierta, ratione quantitatis valet secus si ratione substantiæ, & quantitatis.*

Y no obsta el texto in l.fin.C.de sentent.quæ sin.quant.præfer. porque aunque habla en accion vniuersal de vna dote en aquel caso, la incertidumbre fue respeto de la sustancia de bienes dotales, porque no constaua, que huuiera auido algunos de la dicha calidad: y asi alli la sentencia fue nula, porque de derecho se requiere, que aya sujeto y sustancia de bienes sobre que cayga la determinacion, y que solo falte la liquidacion en quanto a la cantidad, respeto de la qual tan solamente podrá valer la sentencia incierta; asi lo respondio Barbosa in d.3.parte rub.ff.soluto matrimonio, num.50.ibi: *Melius respondetur ideo in d.l. fin. C.de sentent.quæ sin.cert.quant.præf. per viam regulæ constitui in certam sententiam dotis, non valere; quia agebatur de sententia in certa, tam ratione substantiæ, quam quantitatis, regula autem contraria, quod in vniuersalibus valeat sententia in certa procedit, quando in certitudo tantum est respectu quantitatis*

quæ

qua satis est, quod in executione posit sententia certificari, & his terminis loquitur, glossa & Doctores in l. 1. ff. de edend. vt hic explicat, Bart. num. penultimo communiter recept.

De aqui resulta vno de los mas fuertes fundamentos, que hazen de parte de don Fernando, porque si la sentencia se ha de interpretar conforme a derecho, y que no se deue entender del superior juyzio, y eminencia de tan doctissimos juezes, que auian de juzgar, y determinar nulliter, y contra la d. l. fin. bien se infiere, que está juzgado, y determinado auer en sustancia bienes de la calidad de maternos en los de las tres pieças sobre que cayô el juizio, y fue la contienda pretendiendo las opositoras, que en ellos estauan los de la calidad de maternos, y las partes contrarias, que todos eran paternos, lo qual se comprueua, porque no auia otros algunos sobre que pudiesse caer la dicha sentencia, quod comprobatur ex text. in l. 4. ibi: *De qua sola controuersia erat*, l. item videndum est, §. si quis cum peteretur. ff. de petit. hæredit. l. 2. vbi glossa, C. de iud. Barbosa vbi supra, num. 50. versic. Quod si proponatur petitio hæreditatis aduersus aliquem, & in processu certe res fuerunt specificatæ. Num. 82. *La sentencia in præsenti no fue incierta en razon de la sustancia de bienes de la calidad de maternos, contenidos en las tres pieças sobre que fue el litigio.*

Ad secundam oppositionem respondetur, que en los juizios vniuersales con solo q̃ se declare pertenecer los bienes de la herẽcia, o parte della, es visto estar condenado el posseedor a la restitucion dellos, tenent communiter scribentes in d. l. 1. ff. de edend. maxime Fulgos. numero 7. ibi: *Sufficere solam sententiam delatoriam, licet in eius nulla facta sit condemnatio, &c.* y el mismo Fulgos. num. 8. Bart y otros dizen que esta restitucion venit officio iudicis, per text. in l. licet minimam, ff. de petitione hæreditate, ibi: *Sed hoc solum ei officio iudicis restituitur, quod aduersarius posidet*: però Iason in dict. l. 1. numero 35. defiende, que la restitucion no viene sino es vi, & natura actionis, ibi: *Tu caue quod Bartol. in eius fundamento videtur errare dum dicit, quod in petitione hæreditatis restitutio venit officio iudicis, prout etiam tenet in l. licet de petitio. hæredit. quod non est venedictum; quia restitutio venit iure actionis, textus ex l. ex diuerso, §. 1. ff. de rei vendicat. sed bene lata sententia ipsa executio facti fit, per officium iudicis, ita notabiliter declarat Angelus, &c.* Num. 83. *En el juyzio vniuersal de peticion de herencia con solo que la sentencia declare rem ad me pertinere, queda condenado el posseedor a la restitucion.*

Y asi no obsta la l. si iudex, y los demas textos por dõde se prueua. q̃ la sentencia ha de concluyr per necesse para condenacion, porque in præsenti necessariamente se infiere condenacion ex vi actionis de la peticion de la sucesion, y herencia que se declarò pertenecer a los parientes maternos. Y porque auiendolos declarado por sucessores en ellos, es visto estar declarado, que no pertenecen a las partes contrarias, y que los deuen restituir como si expressamente estuuiessen condenados a ello, l. si inter me, ff. de except. rei iudicat. Num. 84. *Ex tali declaratione in sententia necessario infertur condemnatio contra posidentem.*

Ad tertiam oppositionem respondetur, quod in tali iudicio vniuersali, etiam ex natura actionis continentur, & veniunt fructus tamquam pars rei, licet petiti non fuerint & licet nulla facta sit mentio in sententia probant copiosissime, Mario Giurba decis. 65. num. 1. & decis. 89. numero 36. y el señor don Iuan del Castillo lib. 5. part. 2. cap. 135. num. 17. & à num. 27. vsque ad num. 48. per text. in l. item veniunt, §. fructus, ff. de petit. hæredit. l. 2. C. eodem titulo, l. non est, C. fam. hercisc. l. si marito, § fin. ff. soluto matrimonio, la razon es, porque in vniuersalibus fructus augent ius vniuersale, & tamquam partes iuris vniuersalis veniunt Num. 85. *In iudicio vniuersali veniunt fructus, licet petiti non fuerint, nec de eijs facta sit mentio in sententia.*

æque principaliter, Matienço in rub. del titulo 1. lib. 5. glossa 1. numero 6. Barbosa in d. 3. parte rub. numero 62.

Num. 86. *Respondetur remissiue ad quartam oppositionem.*

Ad oppositionem quartam respondetur, que la opinion de los que defienden, que no vale la sentencia que se remite a lo que despues se prouare, se ha de entender, si la prouança, a que se remite, ha de caer sobre la sustancia de bienes: pero no si cayesse sobre la liquidacion de la cantidad dellos, que supone determinacion en la sustancia de bienes de la calidad que se pretende, segun queda fundado en la respuesta ad primam oppositionem.

Num. 87. *Ex responsione infertur intellectus, a la palabra,* Que se aueriguaren, *y se funda, q̃ se ha de entender, ac si dixisset,* Que se liquidaren.

De aqui se entenderà la palabra, *Que se aueriguaren*, que no quiere dezir, que se prouaren, si en sustancia los huuo, o no, de aquella calidad, sino *que se declararen, o liquidaren.* ¶Tum porque corresponde la dicha palabra *se aueriguare*, al verbo, *certificare, o declarare*, que es lo mismo que *liquidare*, segun lo prueua Anton. Massa Gallef. de cam. obligat. titulo de liquidatione in tract. Doct. tom. 6. parte 2. folio 361. ¶Tum porque se ha de entender segun la sujeta materia, y en terminos de sentencia incierta sobre accion y juizio vniuersal, que remita la aueriguacion a la execucion de la sentencia, que en estos terminos los Doctores in l. 1. de edend. & in l. 2. C, de sentent. quæ sin. cert. vsan del verbo, *Certificare, declarare, o liquidare*, juzgandolos por vna misma cosa, y todos lo entienden por modo de liquidacion los Iuristas in d. l. 1. & 2. Alexand. cõsilio 187. num. 2. lib. 2. los Canonistas in cap. 2. de lib. oblat. vbi Ioannes Andr. num. 8. & in annotatione litera O. ibi: *Et in executione sententiæ fiet rerum declaratio secundum text. in l. defensiones, C. de iur. fie. lib. 10.* Anton. de Butr. num. 10. ibi: *Sufficit quod in executione sententiæ res postea declarentur*, Mariana, Socin. num. 20. ibi: *Sententia poterit certificari tempore executionis*, & inferiùs, *postea in executione declarabuntur.*

Num. 88. *La sentencia in præsenti non est propriè incerta, sed non liquida.*

Y por la pratica se ha de entender, que la sentẽcia dada sobre acciõ senmejante, ha de ser la aueriguacion de los bienes, y frutos dellos que se liquidaren, Anton. Gomez in l. 45. Tauri num. 165. ibi: *Et postea in executione fit liquidatio rerum, & ita quotidie fit, & practicatur*, Afflictis decisione 35. adonde la determinacion sobre semejante accion de peticiõ de herencia, fuè declarar a vna muger por heredera de los bienes que se liquidassen en la execucion de la sentencia; y en tal manera es verdad lo referido, que a tal sentencia no se le deue llamar propiamente incierta, sino sentencia no liquida, segun la llama Vincenc. Carroz. de rem. contra sent. except. 91. num. 5.

Num. 89. *La reserua no fue para lo que se ha de juzgar en sustancia de bienes, sino para lo que se ha de liquidar de la cantidad dellos en la execucion per iudicium familiæ hercifcundæ.*

Ad quintam oppositionem respondetur, que la reserua de la dicha clausula no es para lo que se auia de juzgar en la sustancia de los dichos bienes maternos, que esto quedò juzgado, sino solo para lo que se ha de liquidar en la execucion de la carta executoria por vn juyzio de quentas, y particion a que fue visto remitirse conforme a la l. *Non possumus* (inquit Iulianus) *consequi per hæreditatis petitionem id quod familiæ hercifcundæ iuditio consequimur, vt à communione discedamus; cùm ad officium iudicis, nihil amplius pertineat, quam vt partem hæreditatis pro indiuiso mihi restitui iubeat*, ff. si pars hæred. petat.

Num. 90. *Impersonalmẽte dixo:* Los q̃ se aueriguarẽ, *cõ q̃ fue visto cometerlo al Iuez, para que los liquidasse por el juyzio famil. hercifcundæ.*

De aqui se viene à entender, que la causa de auer dicho impersonalmente la sentencia, *Que sean los que se aueriguaren*, y no dezir, *que sean los que aueriguaren*, es, porque si dixera, *los que aueriguaren*, el sentido era, los que prouaren los parientes de partes de madre, pero no lo dize sino

per

de madre, venimos a dar en otra duda: Si el juez deviò mandar, que la parte de don Fernando acuda contra los terceros posseedores de los bienes della. Tan indigno es esto de que se le dè titulo de duda, como increible, de que los contrarios formen agravio de no averlo mandado el Iuez, y que insistian en ello sin considerar. ¶ Lo uno, que el testador siendo como fue heredero de Francisco Moraton su padre, y aunque constara (que no consta) averlo sido cō beneficio de inventario, nò tuvo derecho para poder reivindicar los bienes de la dicha dote que el padre vēdiò y consumiò en vida, ni pedir contra los posseedores dellos, l. 14. tit. 13. partit. 5. gl. vers. Confunduntur, vers. Item quid si defunctus vendidit, in l. fin. §. in computatione, C. de iur. deliber. Y si el dicho Iuan de Moraton nò pudo, ni deviò recurrir contra los terceros posseedores, mucho menos lo deven hazer sus herederos, o fideicomissarios, que derivan su accion y derecho del susodicho.

Iuan de Moraton siendo heredero de su padre, no pudo pedir cōtra terceros los bienes de la dote que estuviessen vendidos, o consumidos, ni menos lo pueden hazer sus herederos.

Lo otro, que el dicho testador al tiempo de su disposicion ya tenia cobrada y hechose pago dela dicha dote, sin averle sido necessario recurrir a los terceros. Lo qual se prueva llanamente, porque el susodicho y sus hermanos con la muerte de sus padres por una parte vinierō a ser acreedores por la dicha dote, como herederos de su madre, que sucedieron en su accion y derecho, y por otra fueron deudores de la dicha dote, como herederos de Francisco Moraton su padre que la devia satisfazer, y luego que muriò y sucedieron y se mezclaron en sus bienes se hizieron pago assi mismos, por averse confundido las acciones, & tanquam per solutionem in ipsis rebus hæreditatis fuerunt extinctæ, l. debitori tuo 7. c. de pact. l. 3. §. fi. de fideicom. l. stichum, §. additio, ff. de solut. l. 2. §. cum quis debitori suo hæres extitit, ff. de hæred. vel act. vendit.

Num. 59
Iuā de Moraton y sus hermanos como herederos de su padre y acreedores por su madre, se hizieron pagō dela dote, sin que fuesse necessario recurrir contra terceros.

A la qual cobrança y paga que el derecho presume en los bienes de la misma herencia, llamò Acursio tacita exaccion, gl. vers. Cū & ipse, in l. 2. C. solut. matr. hablando en los terminos de acreedor por accion de dote, ibi: *Est autem tacita exactio cum quis suo debitori succedit*, porque en acetando luego por misterio de la ley se causa paga, y una dacion in solutum de los bienes que haze la herencia al heredero, l. si ei 41. §. si is quidem, ff. de evict. ibi: *Cum creditor debitori suo hæres extitit, minus in hæreditate habere videtur tanquam si ipsa hæreditas hæredi solverit*, donde probô Bart. quod hæc solutio, quod lex inducit habet vim solutionis iuditialis cum authoritate iudicis. Y otros dizen, que tambien obra una mutua compensacion que el heredero haze a si mismo, quasi brevi manu, l. si cū dotem 22. §. si pater, vers. Si patri hæres extiterit, ibi: *Compensandum ei in dotem quod à patre datur*, l. dotale prædium 13. §. si uxor hærede instituta, ff. de fund. dotal. y a el instante sin intervalo, l. Vranius de fideiuss. Paul. Bellon. de potest. eor. quæ in contin. vel ex intervalo fiūt, lib. 2. c. 3. de creditore adeunte hæreditatem debitoris, à n. 1. y tal como si fuera verdadera paga, l. qui pro emptore, ff. de usucap.

Num. 60
El derecho finge paga a el acreedor en la herencia del deudor de quien es heredero, y obra tanto como si fuera real y verdadera paga y dacion in solutum con autoridad judicial.

DVBIVM VI.

DE la solucion del dubio antecedente, se saca por necessaria consequencia la deste dubio sexto, de que se trata, porque no deviendo acudir la parte de don Fernando contra los terceros posseedores de los bienes de la dote: y siendo assi, que el testador se hizo entrego y pago de ella en la especie de los bienes rayzes que heredò de sus padres, y que no dexò otros algunos, bien se sigue que la restitucion deve ser en ellos mismos, y no en la cantidad o aprecio de la dote, dado que pareciesse a-

Num. 61
Ex resolutione antecedētis deducitur per consequens resolutio huius dubij.

ver sido apreciada, porque esso pudiera tener duda en caso que se tratasse de cobrar la dote, pero como no se trata sino de probar que huvo dote, y que desta se hizo pago el testador en bienes rayzes, y que en ellos està comprehendida por bienes de la calidad de maternos de la herencia del dicho testador, es preciso que se deviô y deve juzgar, que la restitucion ha de ser en la especie de los mismos bienes.

Num. 62 *Los contrarios tienen confessado y probado que Iuan de Moraton y sus hermanos hizieron particion, y a doña Patricia le cupo los bienes muebles, y a los demas los rayzes sobre que se litiga.*

Lo qual se comprueva mas en particular, discurriendo por el hecho que tienen los contrarios alegado, articulado, y provado en muchas partes del pleyto viejo, y principalmente en la instancia de Murcia sobre la pregunta 12.13. y 14. y en la peticion de agravios de la sentencia, sobre el cumplimiento de la carta Executoria, de que se trata, y en las nuevas probanças y articulos dellas, que por muerte de los padres de Iuan de Moraton no quedaron otros bienes rayzes mas que los heredamientos y casas sobre que se litiga, y que entre el dicho Iuan de Moraton y demas sus hermanos, se hizo particion, y a doña Patricia le tocaron los bienes muebles, en todos los quales se hizo pago de lo que huvo de auer, y en los rayzes se hizieron pago los demas sus hermanos.

Num. 63 *De las acciones y derechos de partes de madre, se hizieron pago unos a otros en los mismos bienes rayzes, que partierõ Iuã de Moraton, y sus hermanos.*

Ex quo incidimus in aliud fundamentum iuris, para venir a dezir que la adjudicacion ha de ser en los mismos bienes rayzes de que dispuso el testador, pues en la misma especie dellos, se avian hecho pago por la particion el susodicho y sus tres hermanos, y se descubre otro titulo con que se comprueva el de los bienes de calidad de maternos en la cantidad correspondiente a la dicha dote, porque mediante la dicha particion, se hizieron real y verdaderamente pago de la dicha dote en los mismos bienes rayzes, compensando y permutando en ellos los derechos y acciones que tenian unos contra otros como herederos de partes de padre y de partes de madre, que esto es lo que obra la division y particion entre coherederos, l. si filia 20. §. cum pater, ibi: Quasi certa lege per mutatione fecerint, ff. fam. ærcis. gl. vers. Pro parte, in l. si familiæ 14. C. famil. ærcis. l. cum pater 77. §. hæreditatem post mortem, de leg. 2. Y en terminos de coherederos que fuessen acreedores unos contra otros, l. 15. tit. 6. lib. 3. for. ibi: *Si heredare con los otros, entreguese primero de su deudo, y despues partan lo que dende fincare*, con que quedò irrevocable el dominio en lo que a cada uno se le adjudicô en los mismos bienes, de consentimiento de los coherederos, l. 2. C. comm. utriusq; iudic. tam fam. ærcisc.

Num. 64 *La palabra,* huve, *de que usó el testador, se entiende y declara, quia importabit ex actionem in ipsis rebus, & adquisitionem quocumque modo fuisset.*

Y ansi el testador por las dichas causas juzgô por bienes de disposicion, los que huvo y cobrô en la forma referida, mediante la accion de la dote como heredero de su madre, con que se entiende y verifica la palabra *huve*, id est, *habui*, de que usò el dicho testador, que es general, y comprehende quantos modos de adquirir se pueden considerar, l. 1. §. quod autem, vers. cum enim dicat Prætor: habuit, ff. de vi & vi armata, ubi verbum, *habere*, generale est, gl. ver. vendicantem, in l. 1. C. ubi in rem actio. ibi tenet Accurs. quod habere multis modis dicitur, l. 2. §. hoc interdicto, vers. *habere eum dicimus*, ff. ne quid in loco public. ubi verbum *habere*, denotat adquisitionem quocumque modo sit, ibi: *Sive ex causa emptionis, vel conductionis, vel legato, vel hæreditate, vel quo alio modo adquisivit.* Ideòq; importat adquisitum per actualem, & veram adquisitionem, vel civilem per ministerium Iuris, l. nomen filiarum 163. §. habere, l. habere duobus modis dicitur 188. & ibid. gl. ff. de verb. signif. l. stipulatio ista habere, §. habere, ff. de verb. oblig. l. si in emptione 34. §. omnium, & ibi gl. ver. habere, ff. de cõtrah. empt. vel adquisitũ per recuperationẽ, textus

cum

cum gloss. verb. habebit, in l. quotiens, 34. ff. de vsufruct. vel per actioné ex aliqua actione, gloss. 1. in fin. in l. dolus, 43. ff. mandati, per textum, in l. si verò, 64. §. dabit, vers. pervenisse accipimus, sive iam exegit sive exigere potuit, ff. solut. matr. l. id apud se habere videtur, de quo habet actionem 143. ff. de verb. signif.

De que resulta, que entre los bienes que el testador comprehendio por maternos en la sucesion, son expressamente los de la accion y derecho de la dicha dote, porque en ellos sucedio, y se subrogò la dicha dote, como en bienes adquiridos con la accion della que provino de aquella parte, l. Imperator, 70. §. fin. de leg. 2. cum alijs traditis à Peregrino, de fideicom. 44. nu. 28. y 30. y porque por bienes maternos se deven juzgar aquellos quæ matris occasione ei provenerũt, l. Mebius, 52. ff. famil. ærcisc. l. si rem, & precium, 22. ff. de petit. hered. l. 1. & 2. in prin. C. de bon. mat. l. quoniam novella, C. de inoff. testam. sin que impida que huviessen sido antes en sus principios bienes paternos, puesto que los adquirio con la dicha accion; mediante la qual se convirtieron en bienes maternos, porque tantos menos huvo de partes de padre, y tantos mas adquirio de partes de madre, lo vno y otro prueyan, si bien se ponderan la dicha l. si ei, 41. §. si eis, ff. de evict. dùm dicit: *Cum creditor debitori suo hæres extitit, minus in hæreditate habere videtur, tanquam si ipsa hæreditas hæredi solverit*: y la l. 2. §. vxor, ff. de dot. præleg. ibi: *Id non restituet quod ex dote percepit: quia matrimonij causa id lucratus est, non ex patris iudicio.*

Num. 65 *Bienes adquiridos cõ accion de partes de madre son maternos.*

Lo qual se comprueva con vn selecto lugar de Tiraquell. de retract. §. 14. gloss. 2. nu. 15. donde dize: Que si dos hermanos en la particion de la hazienda de sus padres huviesse llevado el vno todos los bienes paternos, y el otro todos los maternos, y despues el de los bienes paternos los vendiesse, por cuya causa los parientes de padre acudiessen a quererlos saçar por el tanto, y de contrario los parientes de madre pretendiessen el mismo derecho en la mitad de los bienes, por averse subrogado en ellos la parte de los maternos que huvo de aver el vendedor, resuelve q̃ avrân de llevar la dicha mitad por bienes maternos, sin embargo, quod omnia ea bona à patre processerint, y asi dize: *Ego tamen censeo, & consanguineos quoque maternos esse admittendos pro dimidia parte, id est, pro rata eius portione, quod is venditor ante divisionem habebat in altera hæreditate materna quæ alteri remansit.* Y dà la razon, que es la que se inquiere para el proposito: *Nám ea divisio vim permutationis habet.* Et inferiûs. *Res autem quam ex permutatione alterius rei habemus, censentur eiusdem naturæ, & qualitatis cuius ea erat quam dedimus.* Y lo comprueva ex professo in §. 32. gl. 1. n. 88. & 89.

Num. 66 *Dase fin a lopropuesto con un selecto lugar de Tiraquelo.*

D V B I V M. V I I.

Siendo, como es, infalible que la restitucion y adjudicacion ha de ser en la especie de los mismos bienes, resta averiguar a que tiẽpo se deve atender para la valuacion y aprecio dellos en la cantidad correspondiente a las 2511U466. maravedis de la dote. El dicho Alcalde mayor por su sentencia los considerò conforme el valor y estimacion que tenian al tiempo de la muerte de Francisco de Moraton quando sus hijos le heredaron y se mezclaron en sus bienes, que fue por el año de 1514. y en esta conformidad manda hazer la valuacion, lo qual està justificado y bien juzgado: segun la l. quantitas, ff. ad l. falcid. §. quantitas, inst. eod. tit. vbi calculus bonorum hereditatis refertur ad tempus mortis testatoris, la razon

Num. 67. *Funda estar justificada la sentencia en quanto el juez reguló el valor de los bienes conforme a la estimacion del tiempo en q̃ se hizo pago en ellos Iuan de Moraton.*

zon es; porque el derecho finge que el heredero por entonces se hizo pago en los mismos bienes, hasta en la cantidad que pudieron incluir, respeto del valor que por aquel tiempo tenian, y aunque esta resolucion es juridica, que no tenia necessidad demas prueva, se ilustrarà con la autoridad de los Doctores que mas selectamente an tratado la materia, aun en terminos mas rigurosos de acreedor que viniesse a ser heredero gravado a restituyr, de los quales, los electos seràn, Mantica, Menochio, Surdo, Peregrino y Fusario.

Num.68 *El Cardenal Mantica doctamẽte comprehendio en breve el punto desta duda y casi todas las demas de arriba.*

El doctissimo Cardenal Mantica, de coniect. vltim. vol. lib. 7. tit. 8. en solo el nu. 13. dividio mas en breve casi todos los puntos de las deudas referidas. Lo vno, que los bienes de la herencia en que el testador y sus hermanos se hizieron pago por la dote, vienen a ser de partes de madre, para que no los lleven los successores de partes de padre. Item, que se an de adjudicar con frutos. Lo tercero, paulò post medium, que an de ser bienes de los rayzes y predios de la misma herencia, y finalmente q̃ se an de tassar considerado el valor que tenian al tiempo de la muerte del padre, vt est videre in d.n. 13. sic: *Secundò verò deducitur ex supradicta regula generali, quod dos matris non debet fideicomissario restitui, quoniam neque ex substantia, neque ex iuditio testatoris est filio adquisita, Dec. cons. 55. nu. 7. in fin. & latè Socin. iun. in cons. 170. nu. 1. & in fin. vol. 2. Nat. cons. 255. nu. 6. quod in iure notorium est, vt inquit excelentissimus Collegameus, Dom. Cephal. in cons. 272. nu. 43. ex verbis Bolognet. in cons. 41. atque illud notandum est, quod dos ipsa retinetur cum fructibus, vt longius explicat Socinus iun. in d. cons. 170. nu. 6. & infr. vol. 2. & prædia quæ retinentur pro dote debent stimari considerato tempore mortis testatoris, qui erat debitor dotis restituendæ: quia eo tempore hæres adeundo hæreditatem intelligitur sibi solvisse.*

Num.69 *Insigne autoridad de Iacob. Menoch. q̃ propuso el mismo dubio, y lo resolvio con muchos fundamentos.*

Insignemente Iocob. Menoch. cons. 183. vol. 2. a quien parece imitarmos en el modo de la distribuicion deste papel, procedio por Dubios, y este de que se và tratando, y el precedente, lo dividio en dos, que vienen a ser el segundo y tercero, en esta manera; *Secunda dubitatio est, an ex bonis huius fideicomissi deduci possit creditum Dom. Antonij.* Y en el nu. 33. y 34. resuelve con mucho numero de autores, que la parte del acreedor heredero a de sacar in specie de los mismos bienes de la parte que sea suficiente a la cantidad de la deuda, y la otra duda sic: *Tertia est dubitatio, quod tempus inspici debeat in stimandis bonis deducendis ex fideicommisso?* Y responde a ella desde el nu. 34. hasta el 37. y en comprovacion de que se ha de atender al tiempo de la muerte, trae quatro ô cinco fundamentos ex illis: *Quo ad credita ipsius Dom. Antonij, quæ extabant tempore mortis Domin. Ioannis Petri patris sui, tùm respectu dotis maternæ, tùm etiam, &c. inspiciendum esse stimationem valoris bonorum tempore mortis testatoris. Y Primò, ea ratione quod cum statim mortuo testatore videatur hæres iste creditor sibi ipsi solvisse ex tot bonis testatoris, vt egregie in specie tradunt Castrensis in l. peculium, &c. Sequitur dicendum hæredem, quodam modo minus in hæreditate invenisse, ita vt non videatur, nunc tractari de retentione dotis, & aliorum eius creditorum, sed hæreditas, tanto minor censetur, quantum pro creditis sibi fuit solutum. Y Secundò accedit, quod creditor, &c.* los fundamentos no se refieren in gratiam brevitatis, dignos son de que se vean.

Num.70 *Ereditamente se uvo Pedro Surdo fundan-*

No es de menos erudicion el lugar de Iuan Pedro Surdo en la decis. 92. donde dâ a entender, y advierte, que ha de ser por juyzio de separacion de bienes paternos y maternos, y despues de aver hablado en la especie

pecie

pecie de deuda de dote de partes de madre, pondera en el nu. 8. la dotrina de Bart. que era sola bastante, sin valernos demas autoridad, ibi: *Et magis in terminis videtur extare decisio Bart. in l. & si damnum, ff. de pecul. vbi vult, quod vxor instituta hæres à mariito, & gravata restituere poterit. retinere, ne dum dotes sibi à viro debitas, sed etiam fructus bonorum quæ absorvebuntur à dotis quantitate: quia statim addita hæreditate videtur sibi solvisse, sequitur Castrens. &c.* Et infrà: *Non solum tot bona retinere, quod sufficiunt pro solutione eius, quod sibi debetor; sed etiam fructus eorundem bonorum, &c.* Et paulò inferiùs: *Tempore in eunda rationis stimatio fiet secundum tempus additionis.*

dose en vna doctrina de Bart.

Num. 71
Egregio lugar el de Fusar. que se portó cō distincion de casos, sin poner duda en el, deste pleyto; y se refieren las autoridades y deciciones que alega.

Novisime omnium, & egregie Vincencio Fus. p. 2. q. 671. que sintiẽdo por llano que el heredero acreedor por deuda suya propia que le deviesse el testador, aya de sacar tot bona quæ capiant summam sui crediti, considerada la estimacion dellos, al tiempo de la muerte puso la dificultad, en quanto las otras dudas de la herencia, expensas y gastos que el heredero pagasse a otras personas, para ver si en este caso cumplirá el successor con satisfazer al heredero en dineros, ò si avrá de ser en bienes de la herencia, y si en bienes, a que tiempo se ha de atender la estimaciõ y tassa dellos; y asi despues de aver propuesto la question, haze diferencia de dos casos. El vno, que es el tocante a nuestro proposito, quando el heredero es acreedor por deuda propia que le devia el difunto, no por deuda agena que el heredero pagasse despues de aver heredado desde el n. dum dicit: *Duo sunt casus distinguendi. Primus quorum est, quando agitur de propijs creditis hæredis, & tunc attendatur tempus mortis testatoris: ita scribunt Paul. Castrens. in l. peculiũ, ff. de pecul. Socin. iun. cons. 29. n. 8. & cons. 170. col. 2. lib. 2. Alciat. cons. 103. col. fin. lib. 9. Port. Immol. cons. 92. n. 94. Marc cons. 24. dub. 2. & cons. 25. Menoc. cons. 183. n. 35. & cons. 292. n. 20. Pet. Pecc. de test. lib. 5. c. 7. Mant. de coniect. vlti. lib. 7. tit. 8. n. 13. Pereg. de fideic. arti. 34. n. 12. & seq. vbi dicit, sæpise obtentum esse, & confirmat decis. 6a. & cons. 38. n. 7. lib. 4. Rot. Rom. in nouis. decis. 680. p. 1.* Y en el n. 4. trac a Farin. decis. 267. n. 2. p. 1. Seraph. decis. 967.

Num. 72
Fusario transcrivio vn consejo sutil de Estela; para que se viesse quanto puede aver de contrario, y como exceptuò el caso de q̃ se trata.

Quien pudo mover a Fusario a hazer la dicha distincion, seria el consejo de Bartolome Estela, que truxo al fin de su question por el mas ingenioso y lleno de sutilezas, que en la materia se à escrito, y para que se viera todo quanto podia aver de contrario, porque en el defendio que el successor cumpliria con pagar en dineros las expensas deudas agenas, y legados que huviesse pagado el heredero, pero sin embargo no obtuvo, y se juzgò lo contrario, como lo afirma el mismo Vicencio, in d. n. 4. y lo que mas es, que Estela en la dicha su informacion fue salvando dos casos. El vno, quando el heredero se pudo hazer pago irrevocablemente en los bienes, por no tener obligacion de restituir, prout in presenti, donde Iuan de Moraton no fue gravado a restituir bienes algunos, y en este caso, quando despues ex accidenti por disposicion del heredero ò del testador se mandasse hazer separacion de bienes, se han de sacar otros tãtos como cupieron en la deuda, porque en ellos por ministerio de la ley que fingio la paga, consiguio el heredero el dominio irrevocable; pero sin dia ni condicion. El otro, quando la deuda es propia del heredero que el tes-

el testador se la deviesse, y assi en la respuesta del argumento 8. *Nō obstat* (inquit) *dictum Bart. in l. peculium, ff. de pecul. ubi dicit: quod creditor eo ipso quod succedit debitori suo videtur sibi solvisse in universis ipsis bonis per l. si cui, ff. de evict. Dico enim quod Bartol. loquitur quando succedens erat creditor defuncti, tunc potest fingi intervenisse fictam solutionem ante additionem hæreditatis, quia erat creditor. Verum quando á principio non erat creditor nō potest dici à principio inductam faiße fictam solutionem, quia nūquam fuit creditor, nec etiam solvendo æs alienum non potuit effici creditor, quia fuisset sibi met creditor & debitor, & sic si non erat creditor tunc, etiam non potest dici intervenisse fictam solutionem, sed solum tempore restitutionis hæreditatis cū cesset impedimentum, quia amplius non dicitur hæres, & mediante restitutione fideicommißarius dicitur hæres in effectu, l. si hæres ab eo, ff. ad Trebell.*

Num.73 *Superiormente tratò ex professo el punto Peregrino, diziendo, que siempre obtuvo y se juzgò en esta conformidad.*

Accedat ultimo pro Choronide, Peregrinus in tractatu de fideicomm. art. 35. adonde con la excelencia de su ingenio resolviò en el n. 12. que la adjudicacion ha de ser en la especie de los mismos bienes de la herencia considerado el valor que tenian, conforme a el tiempo de la muerte, y q̄ ansi obtuvo, y se juzgò muchas vezes en pleytos graves de muy gruessas haziendas, ita dicens: *Maior autem versatur difficultas, an eveniente casus restitutionis, hæres gravatus, seu heredis heres poßit deducere pro suis creditis tot bona hæreditaria pro precio tempore mortis testatoris, seu quo solvit creditoribus, & legatarijs, an vero credita in pecunijs sint, sibi præstanda, seu in bonis pro valore, tempore casus & restitutionis fideicōmissi, nam inter utrūq; tempus in æstimatione bonorum plurimum interesse potest? Hæc autem quæstio sæpissime in magnis causis fideicommißarijs, ventilata fuit hic Paduæ: & communiter obtentum fuit quo ad credita propia hæredis gravati spectandum esse mortis tempus testatoris, quo ad soluta creditoribus hæreditarijs & legatarijs observanda esse tempora solutionis. Sicque hæredem, & hæredis gravati hæredem detrahere posse tot bona hereditaria pro cummuni precio illorum temporū, & hanc opinionem Paduæ, super fideicommisso Nob. de Bido receptam, & canonicatam proffeßus fuit M. Eques D. Ghellinus de Gellinis Iurisc. Vicen. 3. tum Vicarius Prætorius, & Aßesor consumatißimus, & sic in varijs causis obtinui.*

Num.74 *Valida fundamenta, & rationes, affert Peregr. quarū aliquæ referuntur.*

Y de las muchas razones y fundamentos que trae Peregrino, solo se transcriviran la 1. 3. y parte de la 4. sic: *Quia hæreditas refertur ad tempus mortis testatoris, tùm prout in casu quando res agitur cum hærede falcidio, l. quantitas ad leg. falc. tūm etiam quādo de universali fideicommisso res agitur cum hærede Trebellianico, l. qui ita, §. si damnum, ff. ad Trebell. & in specie sic Bart. notavit in l. si hæres pecuniam, ff. eod. in 1. opposit. sequitur Ruin. consf. 97. col. ult. ¶ Tertiò, quia hæres ex rebus hæreditarijs potest sibi ipsi solvere suum creditum eligendo bona fide quàm rem velit, l. creditoris arbitrio, ff. de distract. pign. Bald. in l. fin. §. in computat. n. 4. C. de iur. delib. ¶ Quartò, quia hæres cum creditor est defuncti ex necessitate quadam sibi ipsi solviße videtur: nil mirum cum hæres, & defunctus censetur una & eadem persona, & l. hæres & hæreditas, ff. de usucap. §. 1. in auth. de iur. iur. verum in eodem subiecto, non potest consistere debitum, & creditum, actio & paßio, ad l. Vrianus, cum materia, ff. de fideiuss. proinde lex fingit solutionem quadam brevi manu sibi ipsi per hæredem factam. Ista autem ficta solutio, quam lex ex sua potestate inducit, non minus potest, & valet quam vera solutio, quia tantum operatur fictio in casu ficto, quantum veritas in casu vero, sicuti plene notatur in d. l. si pro empt. sunt enim præsumptiones, & inductiones legum liquidæ probationes,*

l. li-

l. licet Imperator. & ibidem notatur, ff. de leg. 1. ad hac glos. notabilis in l. non possibile, ff. de pactis. Y desde el nu. 19. responde a todas quantas razones y textos se pudieran induzir y traer en contrario, retorciendoles en favor. Y porque en el nu. 22. dize, que la paga que el derecho finge en los mismos bienes de la herencia ha de ser conforme lo dispuesto por la l. â Divo Pio, §. in venditione, primero en la concurriente cantidad que huviere de los bienes muebles, y a falta dellos en los semovientes, y a falta dellos en los rayzes, se advierte lo que tãtas vezes se ha repetido, de que a doña Patricia se le hizo pago en todos los bienes muebles que avia, y a los demas hermanos en los rayzes.

Finalmente, la prueva que huvo para que le constasse al dicho Iuez el valor y precio que tenian los dichos bienes por el año de 1514. en que muriò Francisco Moraton, hasta el de 1529. que muriò Iuan de Moratõ, es por testimonios de escrituras de ventas y aprecios que se hizieron en los dichos tiempos: lo qual junto con la informacion de testigos que tiene don Fernando, prueван bastantemente el valor que considerò el dicho Iuez, a razon de a 2U250. maravedis por cada tahulla, siguiendo en ello la doctrina de la glos. ver. judicis, vers. Dic ergo inspici venditiones facta, &c. cum Bart. n. 19. in l. 2. C. de resc. vendit. Mascard. tom. 2. concl. 657. nu. 7. & 8. ex quibus finitur 1. pars. Num. 75 *Plura instrumẽta venditionum probant æstimationem, quã res habebat in illis temporibus.*

SECVNDA PARS.

DVBIVM VII.

HAsta aqui se ha dicho y fundado, de como en lo que es en favor del dicho don Fernando la dicha sentencia està justificada: y en lo demas restante de aqui a delante, se fundaràn los agravios que contiene, para que se manden deshazer. Y assi primeramente ya que no agraviò, alomenos fue error, no considerar por mas dote las 51U442. maravedis que faltan a cumplimiento de las 251U466. maravedis, que està probado por las particiones, y por el testamento de Francisco Moraton, que tuvo de dote la madre de Iuan de Moraton, porque solo considera por dote de lo q̃ manda adjudicar el dicho Iuez en bienes rayzes 200U024. maravedis: siendo assi, que la dote que se le prometiò y diò al dicho Francisco de Moraton con doña Teresa, fueron 200. mil maravedis, y de la legitima materna le tocaron y se le adjudicaron de mas otros 44U466. maravedis: y despues por el testamento con q̃ muriò por el año de 1514. confiessa, que Anton de Avellan su cuñado le deve de la dote por escritura 7U. maravedis que manda se cobren, que juntas las dichas partidas montan los dichos 251U466. maravedis. Num. 76 *Agravio, o error fue no adjudicar por mas dote bienes correspõdientes a los 51U442. maravedis que falta a cumplimiento de 251U466.*

Sin que pueda impedir el dezir, que no consta de la provança de los 7U. maravedis, porque basta que confiesse, que se le devian por escritura, y que el susodicho o sus herederos los pudieron cobrar con accion y derecho que tenian para ello; con que es visto aver provenido, y que fueron avidos de partes de madre: *Pervenisse enim accipimus, sive iam exegit, sive exigere potuit, quia actio ei delata est.* Inquit Consultus, in l. si vero 64. §. dabit autem, ut ait lex quod ad eum pervenit, ff. solut. matr. y assi se deven mandar adjudicar por bienes de mas dote a el dicho respeto los 51U442. maravedis que faltan a cumplimiento a los dichos 251U466. maravedis. Num. 77 *Los 7U. maravedis de la dote devidos por escritura, que cõfiessa el padre se reputan por bienes avidos y que provinieron de partes de la madre.*

DV-

Num.78
Los contrarios avian de tener provado su legitimacion y parentesco en la forma que quierē, para excluyr a don Fernando.

EL aver temerariamente negado los cōtrarios el parentesco de partes de madre, que tan claramente tiene provado don Fernando, segun se resolviò en el primer dubio, nos ha dado ocasion a que con su missma pretension y presupuesto, nos entrometamos a examinar si tienen provado el parentesco por partes de padre, como deven provarlo, por ser el fundamento mas principal para poder llevar y retener los bienes que les puede tocar a los sucessores paternos, segun lo difinido por la l.1. ff. de probat.l.non epistolis in fin, C.de probat.ubi notant Coiter, maximè Salycetus, Mascard.concl. 73. à n. 1. resolvens: quod qui dicit se tanquâm agnatum habere ius succedendi, vel revocandi, debet priûs probare se talem, Dom.D.Ioan.à Castillo 6.tom.c.123.n. 1. ubi qui agit ad hæreditatem, vel fideicommissum, ut talis debet probare se talem aliter nō admititur, imò excluditu, rsive sit Reus, sive Actor.

Num.79
Esta duda y agravio, si lo ay, es de grande consideracion, y digno de gran reparo.

La duda es pues, si el Iuez hizo agravio por su sentencia, en absolver respecto de los demas bienes de la sucession a las partes contrarias, como a parientes de partes de padre, y parece que en quanto a esto del parentezco su determinacion contiene agravio, e ya que en el no insistamos mucho siendo de tan grande calidad y cantidad, por lo menos se descubrirà la dificultad y fundamentos que tiene don Fernando contra las partes contrarias, para que los señores Iuezes hagan la estimaciō de ello, que permitiere su alto y superior arbitrio, y juzguen si deven ser excluydos, y solamente el dicho don Fernando admitido, por tener el solo la ligitimacion y probança del parentesco de partes de madre, que se requiere, considerado los apuntamientos y advertencias siguientes.

Num.80
Por las sentencias no estan declarados los contrarios por parientes ni sucessores del testador.

Primeramente, si se recurre a las sentencias de revista, y a lo determinado y juzgado que ha avido hasta de presente, es claro por ellas, que las partes contrarias, ni sus antecessores, no estan declarados por parientes mas cercanos de partes de padre, ni por sucessores en la herencia de Iuā de Moraton, porque lo juzgado en su favor, solo es en quanto a los bienes y herencia de doña Patricia, que dexò por heredero a Francisco Tomas Iurado, marido de doña Baltasara Vazquez, de quien los contrarios dizen decienden, sin que lo ayan articulado, ni provado, y assi a los susodichos, es a quien verdaderamente les obsta lo mismo que oponen contra don Fernando.

Num.81
D.Baltasar Vazquez pretēdiò provar, que su padre y el de Iuan de Moraton eran hermanos, y se refiere el articulo de la provāça, y lo que depoñen los testigos.

Tambien recurriendo a la probança que se hizo por parte de la dicha doña Baltasara Vazquez, sobre el parentesco de partes del padre Iuan de Moraton, parece que en la tercera pregunta està articulado ser su hermana, porque Rodrigo Vazquez su padre, marido de doña Catalina Miñano, fue hermano de Francisco Moraton, y como tales se llamavan, y tratavan: y no se articula ni declara quien fuessen los padres, sino solamente a el fin de la pregunta se dize, que eran hermanos, porque fueron hijos de doña Costança del Puerto. Y de seys testigos que se presentaron sobre la dicha pregunta, los dos primeros, que son Gines de Segovia, y Frācisco Riquelme, dizen que vieron como se tratavan y comunicavan como hermanos, y que en Murcia se dezia que eran hijos de doña Costança del Puerto, y no dan otra razon alguna. Los otros quatro testigos, que son Iuan de la Guerra, y Iuan Garcia de Olmedo, Diego de Lara, y Alonso de Avalos, dizen mucho menos, solamente que saben eran hermanos, porque se tratavan y comunicauan, y eran avidos y tenidos por hermanos,

manos legitimos, y no dizen, ni aun de oydas quien fuessen los padres de los suso dichos.

De lo qual nace la dificultad en que bate el dubio de que se trata, que es averiguar en el derecho, si para provar que fueron hermanos de consanguinidad, baste que los testigos digan averse tratado y nombrado por hermanos; que es una de las dificultades mayores, que han puesto en apricto a los mas graves escritores, los quales estan divididos en diferentes opiniones. Pero para salir en breve del empeño y obligacion de fundar lo que pretendemos, se deve considerar. ¶ Lo uno, q̃ los de la parte negativa la pruevan con mayores y mas valientes fundamentos de derecho, que es a lo que se deve atẽder: y algunas de las mas principales que se ajustan al intento, son, porque en quanto afirman que fuerõ legitimos hermanos, sin dar suficiente causa y razon de sus dichos, no pruevan, porque deponen per verba iuris, & non facti, cum consanguinitas, vel fraternitas, non cadant in sensum corporis: y porque no es razon suficiente el averse tratado y comunicado, y el averlos tenido por tales hermanos, nã quàm plurimi fraterna charitate se diligunt, & quasi fratres tractantur, & communicantur licèt fratres non sint, l. nemo, de hæred. inst. Y porque lo referido puede convenir a hermanos legitimos per adoptionem, o a hermanos cuyos padres se huviessen casado, pues pudo ser que el padre de Francisco Moraton huviesse casado con madre de Rodrigo Vazquez, aut econtra, segun lo arguye la diversidad de los apellidos, el uno Vazquez, y el otro Moraton, y pudo ser hermanos de leche por averlos criado doña Constança del Puerto, de cuyo apellido ninguno parece aver tomado, y pudiendo ser esto o aquello, no se prueva ser lo otro, cum non probet hoc esse quod ad hoc contingit abesse, maximè quia probatio dubia contra probantem interpretatur, gl. ver. dubium, in c. in præsentia, de probat. ex quibus, & alijs fundamentis hanc partem defendunt Anchar. cons. 52. n. 7. Paul. de Castr. cons. 151. vol. 1. Dec. cons. 321. n. 9. & cõs. 524. à n. 2. usque ad 7. Mascar. concl. 789. c. 15. & 16. Gratian. tom. 1. c. 135. à n. 40. usque ad fin. & in n. 43. reddit rationem, ibi: *Non enim ex hoc dicitur probata fraternitas, aut possessio fraternitatis, cuius probatio est difficilis, ita ut testes deponentes absolute aliquos esse fratres non probent qoasi potius disponant super eo quod consistat in iure, cum non sequatur, tractant se ut fratres ergo sunt tales Anchar. cons. 12. pro clariori, col fin. n. 7. & 8. quidquid cõtrarium sentiat Nata, cons. 59 n. 15 post Castrens. cons. 51. viso puncto, in facto, col. 1. lib. 1. cum alijs per Menoch. præsumpt. 53. n. 25. lib. 6. cum verior sit opinio quod huius modi genus probationis per tractatum non habeat, locum in fratre, sed solum in filio & uxore, Dec. cons. 524. visis hijs n. 5. & cons. 351. acurate n. 4 & cons. 595. pro resolutione. Aymon, cons. 249. n. 2. Tiraquell. de retract. lignag. §. 1. glos. 16. in princ. Muta, super consuetud. Panorm. c. 56. n. 33 Mascar. concl. 789. n. 16 quemadmodum etiam nominatio compratris, aut commatris, non probat compaternitatem cum sæpe hoc fiat propter suspitionem sinistræ opinis, & idem in uxore, quæ licèt talis nominetur, non tamen eo ipso probatur quod sit uxor, cum ita vocetur plerumque ad tegendum peccatum, Abb. in c. ex parte de rest. Spoliat. Muta super consuet. Panorm. c. 76. n. 15. ubi ait quod nec talis nominatio faciat præsumptionem, quæ transferat onus probandi in adversarium. Castrens in l. non epistolis 13. n. 4. vers. & dicit, & in l. non nudis 14. C. de probat. Aymon, cons. 249. n. 2. quibus adde quod ista nomina etiã imponimus, ætatis, aut scientiæ, vel honoris, & observantiæ causa, &c.*

Num. 82 *Validioribus rationibus fulcita est opinio eorũ qui tenent quod tractatus & nominatio non probant fraternitatem.*

Num. 83 *Steph. Gratian. verbose hanc partem negativam, ut veriorẽ defendit.*

Num.84 *Maximè in decissoriis probanda est plenè cōsanguinitas fraternitatis incipiendo à communi stipite parentum.*

Lo otro, porque los que siguen la parte afirmativa, hablan en terminos de que baste provar la quasi possession fundados, en que se prueva per tractatū & nominationem, tantùm ad instar filiationis, y muchos dellos no lo admiten en caso como en el deste pleyto, donde se ha tratado, y trata de la propiedad, en que se rebolvieron desde los principios en la primera instancia del pleyto viejo: nâm tûnc est necesse, que para conseguir y retener los bienes, tanquam agnati & successores paterni, prueven en propiedad el parentesco, el qual in decissorijs no se prueva en otra manera, nisi â communi stipite incipiatur, articulando y provando de los padres de a donde se pretende procedieron los hermanos, diziēdo aver sido casados ò velados, ò en la manera que huviesse sucedido, y que auian tenido por sus hijos a Rodrigo Vazquez, y a Francisco Moraron, y por este orden avian de discurrir provando los casamientos por donde desciende el parentesco: y assi quando possit dari illa quasi possessio fraternitatis, no bastava porque avian de aver provado propia y plenamente conforme a la naturaleza del juyzio, sobre que han litigado y litigan, Bald. in c. per tuas, de probat. & in cons. 180. lib. 2. Alciat. cons. 529. vbi concludit: Quod ex eo quod non fuit probata fraternitas in propietate, neque cum relatione patris debent excludi à fideicommisso, argum. l. sicuti, §. sed si res, ff. si servit. vendic. quia in decissorijs petitorij non sufficit quasi possessorium. Cravet. cons. 249. n. 1. Petra, de fideicom. q. 11. n. 486. Y aunque muchos siguen lo contrario, es en la filiacion en que milita diferente razon que en el parentesco de hermanos, Cravet. d. nu. 2. Stephan. Gracian. tom. 1. d. c. 135. n. 42. & 47.

Num.85 *No perjudica la declaracion que en razon del parentesco de partes de padre suena aver fecho D. Patricia en vn codicilo.*

Y no obsta el aver doña Patricia por su codicilo declarado, que doña Baltasara Vazquez era su parienta de partes de padre, y sucessora en el fideicomisso, la qual declaracion quando fuera cierta, no pudo perjudicar a los parientes mas cercanos de partes de madre, porque provino de persona sospechosa, y que les tenia el odio que se colige de aver revocado la donacion y demas deposiciones que tenia en favor de su sobrino, y demas parientes de aquella linea materna, todo en orden de dexarle su hazienda, y la de su hermano a la dicha doña Baltasara y a su marido, en cuyo favor otorgò la dicha revocació, y otras cinco escrituras en el vltimo y penultimo dia de su muerte, estando en casa de la dicha doña Baltasara y su marido, a donde la tenian de pocos dias aquella parte: y assi es de creer, que la induxeron y persuadieron a ello, demas que se descubre por el pleyto viejo, que por causa de vn assombro estava con poco entendimiento, y con los temores y facilidad que arguye la diversidad de tantas escrituras en tan breve tiempo.

Num.86 *Doña Patricia estava muerta al tiempo que suena averse otorgado el codicilo, y supusieron otra en su lugar.*

Mas, que en razon del dicho codicilo que fue la vltima escritura, dizen testigos de oydas, sobre la pregunta 11. del interrogatorio de la instancia de revista, que vino a ser en tiempo que doña Patricia estava muerta, y que por traza de doña Baltasara se supuso en la cama de doña Patricia a vna criada que lo otorgasse, y diesse a entender que era la misma doña Patricia, hablando por ella como enferma, segun el caso que refiere Iulio Claro in §. testamentū, q. 59. vers. *Nostris tamen temporibus, quædam mulier sagax, maritum, statim postquam espiraverat electo extrahi fecit, & alium pro eo suppposuit, qui fenestris talami fere in totum clausis, & capite panis in voluto simulans se propter infirmitatem vis loqui posse condidit testamentum, in quo vxorem ipsam instituit hæredem, & alijs personis diversa legata relinquit, & omnes*

omnes testes credevant ipsum esse vere eius maritum, qui quasi in extremis laboraret: fuit deinde quasi divino miraculo res omnis detecta,&c.

Ex premissis,non indirectè infertur,& etiam concluditur, que no teniendo provado el parentesco de partes de padre, ni legitimado sus personas las partes contrarias,deve ser admitido a toda la herencia el dicho don Fernando, por hallarse solo descendiente de los parientes de partes de madre a quien se les acrecio, no auiendo, ò no pidiendo personas legitimas que ayan provado ser parientes de padre,l.Scæbola,76.ff.ad Trebel. dùm dicit: *Qui supersunt totum accipiunt*, Vincenc. Fusar. quæst. 495. num. 14.

Num.87 *No auiendo parietes paternos, han de ser admitidos a toda la herecia los maternos*

DVBIVM X.

DADO que no huviesse agravio en aver considerado por parientes de parte de padre, y legitimos accessores a las partes contrarias, hic oportunè cadit agere de dezimo dubio,sobre si hizo agravio el dicho Iuez en absolver de la instancia del juyzio a las partes contrarias, reservando su derecho a salvo al dicho don Fernando, todo en razon de la mitad de los demas bienes que don Fernando pretende se le adjudiquẽ por gananciales de partes de la madre del dicho Iuan de Moraton. Esta es duda,si es que la ay,la mas principal deste pleyto, y en la resoluciõ della consiste el interesse mayor que se pretende de parte de don Fernando, y el Iuez huyò el cuerpo a la determinacion, pudo ser en razon de la gravedad y grande cantidad del negocio, porque absolver de la instancia, y dexar el derecho a salvo,no tiene otro sentido, mas de aver querido remitir al Tribunal superior de los señores desta Audiencia, y escusarse por este camino de la dificultad que sintio,sobre si avia en razon dello cosa juzgada:y assi se fundarâ de como la ay, y que notoriamente hizo agravio al dicho don Fernando, en no aver determinado en conformidad de la cosa juzgada, mandandole adjudicar con titulo y causa de multiplicado, y adquirido por parte de la madre de Iuan de Moraton la mitad de los demas bienes,sacados los que absorvio en si la cantidad de la dicha dote.

Num.88 *El juez hizo agraviõ en reservar y no determinar sobre la mitad de los demas bienes aviendo cosa juzgada en favor de dõ Fernando.*

Para hazer demonstracion evidente de la cosa juzgada que en esta parte tiene don Fernando en su favor, y de como estan vencidas las excepciones con que las partes contrarias defendian,que los bienes, sobre que se litiga,y que quedarõ por muerte de Inan de Moraton, eran todos del capital de Francisco de Moraton, se referirà en breve el fundamento que tuvieron de su parte los sucessores maternos, y en contra de los paternos, y lo que se dixo y opuso contra los instrumentos y probanças en que fundaron la dicha su pretension, y excepciones sobre que cayerõ las sentencias, de donde se descubriran los motivos que los señores Iuezes pudieron tener en sus sentencias de revista para revocar la sentencia del inferior, en que declarava todos los dichos bienes por patrimoniales del dicho Francisco Moraton, y averlos llevado al matrimonio quando casò con doña Teresa.

Num.89 *A mayor evidenciá de la cosá juzgada, propone referir las causas y motivos que se descubren por el pleyto viejo, para revocar la sentẽcia del ordinario y la de vista.*

El fundamento principal que tuvo y tiene la parte del dicho D. Fernando y sus antecessores de quien deriva su derecho, es la l. 203. del estilo,hodie,l.1.tit.9.lib.5.recop.con que se pruevan, y presumen todos los bienes de por mitad, excepto los que cada vno de la parte de los conjuges provare aver llevado al matrimonio, ibi: *Que los bienes que han marido y muger son de ambos de por medio*, y en la palabra, *son de ambos*, notô el señor

Num.90 *En quanto a la mitad de los demas bienes, los sucesores maternos tienẽ y hã tenido siẽpre probada y fundada su intencion cõ la l. del Reyno.*

señor Gregorio Lopez, in l.55.tit.5.part.5.glos. 2. vers. Pondero verbum sunt, quod est sustantivum, & de præsenti effectivum, con que vienen a tener fundada y provada su intenciõ, no como quiera, sino en quanto a la propiedad de la mitad de los dichos bienes.

Num.91
La l. del Reyno obligò a los paternos a q̃ provaßen lo contrario, y refiere los generos de probança con que avian de probarlo.

Con la misma l. 203. del estilo en que se han fundado, y con que se defendian los herederos maternos, ofendian a los paternos, porque les obligava a que provassen lo contrario, dûm ita dicit: *Salvo los que provasse cada vno, que son suyos apartadamente*, ad cuius exornationem videndus est Tiber. Decian. in cons.47.per tot.vol.2. Y qual sea este genero de provança con que lo devieron provar, se colige por dos textos singulares para el intento. ¶ El uno, la l.si ego, 9. §. planè, vers. Nâm mulier, ff.de iur. dot. a donde parece, que se requiere que aya de ser por escritura de memorial, o inventario, otorgada por la muger si es del marido, & econtra, y la ponderò para inteligencia de la dicha ley del estilo Palac. Rub. in rub. de donat. inter vir. & vxor. §. 40. dûm primò dicit nu. 17. *Solent dare maritis suis libellum, sive inventarium rerum suarum quas ferunt secum, vt est textus valdè notabilis in l.si ego, § fin. de iur. dot. si hoc non fecit sibi imputetur, & per consequens est præsumptio, quod nullas res habent tempore contractũ matrimonij.* Matienç. in dict.l.1.glos.2.n.2.& Azeved.n.fin.

Num.92
La l. de la partida vino a dezir la probãça que les era necessario.

El otro texto es aquel de quien haze mencion la misma l. 203. dûm dicit: *Como quier que el derecho dige, &c.* el qual derecho es la l. 2. tit. 14. p.3. deducta ex l.quintus, ff.de donat.inter vir. & vxorem, y la l. etiam, C. eod.tit. y dize: *Si la muger negare en juyzio que aquellas cosas no eran de su marido, e las razonare por suyas, o que algun derecho tiene en ellas, tenuda es de lo provar, e si desto no pudiere dar prueva verdadera*, notese pues la palabra, *prueva verdadera*: de a donde se infiere la calidad que ha de tener esta provança, que incumbe oy a la parte del marido de la misma suerte que de antes le incumbia, y tocava solo a la parte de la muger, porq̃ despues la l. del Reyno los igualò a ambos con la carga de la prueva, corrigiendo solo en esto a las dichas leyes del derecho comun, y quando la ley requiere prueva, ha de ser ò por testigos en forma per necesse concluyente, ò por escrituras autenticas ciertas y verdaderas, y no bastan argumẽtos ni presunciones, cap. forus, vers. Causa, de verb. signif. ibi: *Probatio autem testibus, & fide tabularum constat*, & ibidem, *argumentum nunquam testibus, nunquam tabulis dat probationem.*

Num.93
La probança avia de ser apertissima, y de las mas fuertes y concluyente porque le resiste la presuncion del derecho.

Y en especial esta que pide la l. del estilo ha de ser apertissima, & luce clarior, y de las mas fuertes, porque le resiste la presuncion del derecho, l.fin. in princip. ibi: *Sed huiusmodi præsumptioni debet appertissimas probationes oponere*, ff. de eo quod met. caus. y si fuere por testigos han de ser tres buenos sin defeto alguno, ò dos excelentes; lo vno y otro resolvio eruditissimamente Cravet. in cons.129.n.fin. ita: *Ob quam præsumptionem eficatiores, & fortiores requiruntur probationes, Abb. in cap. quia verisimile, 2. notabili, de præsumpt. & cons.11.col.2. & in 2. dubio, vbi quod isto casu probationis debent esse appertissime, & quod dicit Speculator, in titulo de prob. §. fin. vers fin. vbi quando quis vult aliquid probare contra illud quod lex præsumit, requiruntur tres testes idonei, vel saltem duo excelentes, quod dictum pro singulari refert, & sequitur Curt. iun cons.52.col.3. addo Alex. cons.99. in fin. lib.3. vbi quod non creditur testibus, de deponentibus contra præsumptionẽ iuris, nisi sint tales, & tantæ fidei quod non sit præsumptio contra eos*, alibi etiã Cravet. cons.134.nu.10. Nebizanc. cons.46.nu.6. Alciat. respons.71. lib.8. tom.3.

tom.3.Stephan. Gracian. tom.3.cap.562.numer.27. vsque ad numer.30.

Mas, que aunque los sucessores paternos huvieran tenido de su parte algunos indicios, conjecturas ò semi plena provança, no les bastava, segũ se colige del selecto, consf.149.de Simon de Pretis, que es en los terminos de la ley del Reyno, pues habla en los de la l. quintus Mutius, & in n. 21. dixit: *Veruntamen hic, cùm efficatior, & clarior probatio requiratur(vt dictum est suprà) non sufficit probari per quasdam verisimilitudines, Bald. in l. interpositas, nor.vlt.C.de transf.Decius, in cap. in præsentia, nu.16. quia vbi est coniectura, ibi non est veritas per se nota, Bald in l.cives, C.de appelat.& aliás probatio sufficiens, nõ fit per coniecturas, nisi in casibus à iure expressis, Alex. in l. licèt Imperator, col.1. sub n. 4. de leg. 1. ex parte viri est præsumptio iuris quæ prævalere debet.*

Num.94 *No aprovechava a los contrarios, aunque tuviessen semiplena probança, indicios o conjecturas.*

De lo qual se desciende a reconocer como los contrarios no han tenido, ni tienen probança bastante, porque sintiendo como les obligava la ley del Reyno a provar el dominio de los dichos bienes, y que en propiedad avian sido de Francisco de Moraton, y llevadolos al matrimonio, se valieron primeramente de quatro escrituras que presentaron. La vna, que suena averse otorgado por ante Diego Doctor, Escrivano y Notario de la ciudad de Lorca, en 30. de Setiembre de 1454. en que parece, q̃ vna doña Costança Fajardo, muger de Alonso Rodriguez, vende a vn Iuan de Moraton vna heredad de 600. tahullas de riego, con quatro quartos de agua en el pago de Benicomay. ¶ La otra ante Francisco Perez, Notario escrivano, en 14. de Mayo de 1458. en q̃ vn Alonso Riquelme dà en trueque y cambio a vn Iuan de Moraton vna heredad con 14. quartos de agua en el pago del Rahal, y el tal Iuan de Moraton dâ en trueco y recompensa cien tahullas de tierra de riego. ¶ La otra, suena del mismo dia entre los mismos, y por ante el mismo escrivano, en que aprueván la dicha permutacion y trueque. ¶ La otra, en dos de Iulio del mismo año, en que el Alonso Riquelme confiessa aver recibido de Iuan de Moraton 30U. maravedis del precio de las tahullas de tierra que dexò por entregar.

Num.95 *Los contrarios para probar en propiedad los bienes de partes de padre, se valieron de quatro escrituras.*

Contra las quales escrituras, de parte de los successores maternos se opuso que no eran ciertas ni verdaderas, ni avia avido tales escrivanos, y se redarguyeron de falsas, y deviendolas verificar las partes contrarias, y provar, vnum circà personas & officia, scilicèt, que huvo tales escrivanos ò Notarios, que fueron fieles legales, y de confiança, y que por tales aviã sido tenidos y comunmente reputados; & aliud circà scripturas, scilicèt esse suas, id est â dictis tabellionibus, seù Notarijs scriptas, y que se les a dado entera fee y credito, aunque lo articularon en todas instancias no huvo testigos que dixessen en quanto a los dichos escrivanos, ni aun de oydas, con que las dichas escrituras quedaron destituidas de toda fee y credito, como si claramente estuvieran convencidas de falsas, l. 115. tit. 18.p.3. vbi etiam dom. Greg. glos.1.in princip. cum Bald. in auth. sed novo iure, C.si cert.pet.nu.10. Roderic. Suar. in l. post rem iudicatam, §. sed pro evidentia.n.34.

Num.96 *Las escrituras se redarguyerõ, y no se verificaron, ni aun con testigos de oidas, con que quedaron enervadas de toda fee y credito.*

Se opuso tambien, que no constò, ni aun por testigos de oydas quien fuesse la persona de Iuan de Moraton que en las dichas escrituras se refiere si era el mismo que otorgò la disposicion, ô algun ascendiente, ò transversal, y si deste tal vinieron las dichas heredadas por alguna causa ò titulo del dicho Francisco de Moraton, y como no constasse de cosa

Num.97 *No constò quien fuesse el Iuan de Moraton que suena en las dichas escrituras.*

alguna destas, ni de la identidad del dicho Iuau de Moraton, deviendolo provar las partes contrarias, vbi docuit Bart. in l. 1. nu. 3. C. si vnus ex plur. app. Menoch. in præsumpt. 15. n. 36. lib. 6. no se deve hazer caso de lo que contienen las dichas escrituras.

Num. 98 *No constó ansi mismo que las heredades cō tenidas en las escrituras fuessen las mismas sobre q̃ se litiga.*

Mas, se opuso que no provaron la identidad de los bienes, cùm eius incumberet onus probandi, proût tenet cum Bart. & Alex. Menoch. dict. præsumpt. 45. nu. 2. Surd. decis. 236. à nu. 22. lib. 2. porque no se presumen ser vnos mismos, l. si in rem, in fin. de reivind. l. 1. §. si quis argentum, ff. de posit. imò pluralitas rerum, præsumitur adversus eos qui vnitatem & idētitatem deducunt, Menoch. præsumpt. 15. nu. 2. Steph. Grac. tom. 3. c. 502 nu. 11. mayormente aviendo tantas heredades y tahullas en los pagos q̃ llaman de Rahal y de Benicomay, Steph. Grac. tom. 2. c. 293. num. 3. ibi: ***Maximè, quia sumus in loco in quo poterant addeße plura casanella, quo casu magis est probanda identitas, quasi non constet.***

Num. 99 *Heredad que refiere vna escritura, tiene 4. quartos de agua, y la de el pleyto cinco.*

Tandē se advirtio, q̃ aun en quāto al numero de los quartos de agua no cōvienē los de la escritura a los del pleyto, porq̃ los de la escritura se dize por ella eran quatro quartos de agua en el pago de Benicomay, y los del pleyto son cinco quartos de agua en el dicho pago, de a donde resultò considerarlos por diferentes, Stephan. Grac. tom. 3. c. 533. nu. 41. & 42. maximê in versic. ***Vno ex lectura assertæ concesionis apparet diversitate bonornm.***

Num. 100 *Los contrarios se valieron de cinco testigos que presentaron, para provar que los bienes fuerou en propropiedad del dicho Iuan de Moraton.*

Tambien se valieron las partes contrarias de vna probança de cinco testigos: Gines de Segovia, de edad de 60. años: Iuan de Aguerra, de 60. Iuan Garcia de Olmedo, de edad de 61. años: Diego de Lara, de 73. Francisco Riquelme, de 77. que se presentaron y examinaron por fin del año de 1550. y dixeron, que las dichas heredades y casas fueron propias del dicho Francisco Moraton, que las tuvo y posseyo por suyas, y como suyas antes que se casasse, y al tiempo que se casò las llevò al matrimonio con doña Teresa, y que vieron que entre los bienes que llevò doña Teresa, ninguno dellos fue las dichas casas ni heredades; y en particular dize Iuan de Aguerra, que antes del matrimonio, como labrador del dicho Francisco de Moraton, sembrô a medias, y al quinto las diches heredades.

Num. 101 *Los tres testigos no alcancarō cō la edad, ni aun avian nacido, con que quedaron sospechosos de falsos.*

Contra la dicha prouança se opuso, y considerò, que los tres testigos primeros aun no eran nacidos al tiempo y antes del casamiento de Frāeisco Moraton con doña Teresa, pues consta, que por principio del año de 1494. ya avian muchos dias que estavan casados, segun parece por las escrituras de particion, y por lo menos en el dicho año de 494. tenian los dos menos de tres años, y el otro menos de quatro, con que no solo no se les devio dar fee ni credito, sino que quedaron reprovados como falsos ò sospechosos de tales, pues por falsos se reputā, y tienen los que siendo mayores de edad deponen de tiempo de su infancia, quando eran niños sin entendimiento ni discrecion, para poder afirmar lo que dixeron aver visto, sabido y entendido por entonces, docet Bart. in l. 3. §. lege Iulia. nu. 2. de testibus, Roman. cons. 157. ibi: *Quia faciendo calculum rationis, de tempore apertius deponit, de eo quod in sua infantili ætate ortum habuerit: igitur nullam penitus fidem facit, vt est communis doctrina omnium, in l. ad testium, §. conditiones, ff. de test. l. notionem, §. instrumentorum, ff. de verbor. sign.* Et ex multorum copia Prosperi Farin. de testib. q. 58. à nu. 58.

cùm

cùm ſeqq. & in nu.61.alegat Bart. & textum in l. excipiuntur, ff. ad Silán. ibi: Et eius ætatis(quanquam nondum puberis) vt rei intellectum capere poſſent.

Y no ſe puede dudar, que aunq̃ los teſtigos fueſſen de la edad de mas de tres ò quatro años, y aunque tuvieran ſiete, no podian ſer capazes para deponer y juzgar ſobre la propiedad y poſſeſsion de los dichos bienes, porque haſta ſiete años en el varon, y cinco en la hembra, que es la edad de la infancia, el pupilo no tiene diſcrecion, ni el entendimiento y juyzio que ſe requiere, gloſ.in l. etiam infantem, de adopt. & l. quod infans, ff, de reivind. Menoch. lib. 2. de arbitr. caſu 57. à nu. 9. quoniam talis infans intellectu caret, & quidquid agit ignorat, §. pupillus, inſt. de inuti. ſtipul. Num.102 *En edad de 3. a 4. años no puede aver diſcrecion para deponer en coſa tocante a poſſeſsion y propiedad.*

Mayormente en materia tan dificil, donde ſe requeria cumplido entendimiento, y no poca capacidad para poder juzgar de la poſſeſsion y propiedad de los dichos bienes, para aver podido ſer labrador de Franciſco Moraton, y aver ſembrado al quinto y a medias las tierras de las dichas heredades, como en particular lo dixo Iuan de Aguerra, con que eſtà convencido de falſo; porque no es poſsible que pudieſſe ſerlo, q̃ dize ſiendo de edad de menos de tres años, aun es mas veriſimil no eſtar nacido por el tiempo a que ſe refiere, y lo miſmo procede en quanto a los otros dos, ex his quæ in terminis tradit Felin. in cap. cum nobis, nu. 9. verſ. *Quod autem eſt dictum de infantia, intellige, ſi materia eſt talis, quæ non cadit in ſenſum illius ætatis, vel pueritia, &c.* Campeg. de teſt. reg. 250. verſ. *Sin autem non poßet cadere in mentem infantis, &c.* Farin. d. q. 58. nu. 59. & 60. verſ. *Si ſint talia quæ in pupilli ſenſum, & intellectum reſpectivè non cadant, &c.* Num. 103 *Para deponer ſobre la propiedad, ſe requiere muy cumplido entendimiento, ſe note lo que dize vn teſtigo en tiempo, que quando huvieſſe nacido ſeria menos de 3. años.*

Y aunque con los dichos tres teſtigos quedò maculada y ſoſpechoſa toda la dicha provança, porque es de preſumir, que quien preſentò y ſe valio de los dichos tres teſtigos, convencidos en la forma referida de falſos, procuraria los otros dos de la miſma calidad, ſin embargo ſe opuſo contra ellos; y los demas, que aunque pudieran alcançar con la edad por aquel tiempo no provavan, porque no dieron mas razon de ſus dichos, q̃ dezir: *Que avian ſido de Franciſco Moraton las heredades, y que antes que ſe caſara las avia tenido y poßeido por ſuyas, y como ſuyas.* Y tratandoſe de provar el dominio y propiedad dellas; avian de de poner eſtos teſtigos per verba facti, diziendo ſabian que eran ſuyas, porque las avia heredado, cõprado ò avido por otro titulo, ò que la poſſeſsion huvieſſe ſido demas de veynte ò treinta años, y de tanto tiempo que las pudiera aver adquirido, y referir otros titulos viſibles y naturales, que pudieſſen convenir, y ſer congruentes al dominio y propiedad, porque pudo ſer tenerlas en arrendamiento temporal, ò de por vida; ò a cenſo, y con eſtos titulos poſſeerlas como ſuyas, y con el meſmo, traerlas al matrimonio, y deſpues comprarlas, ò redimir el cenſo, ò adquirirlas por otro titulo; y no aviendo dado la dicha razon no provaron coſa alguna, ex celebri doctrina Inocenç. in c. cum cauſam, de teſtib. vbi docet, quod teſtis debet reſpondere per verba facti non iuris, dando ſu razon por las cauſas naturales, para que dellas pueda el Iuez conocer ſi es cierto el efeto que ſe pretende, aliàs, ſi el teſtigo dize (pongamos por exemplo) que ſabe que ſe ha vendido a Pedro, ſin referir el hecho, convencion y precio, y demas partes de que ſe forma la venta, vendria a determinar el teſtigo lo que ſolamẽte eſtà Num.104 *Maculadas quedarõ las depoſiciones de los otros dos teſtigos, los quales depuſieron per verba iuris, ſin dar razon, y aſsi en nada provaron.*

está reservado para el Iuez, el qual no podrà juzgar si la determinacion del testigo fue buena ò mala, porque no descubrio por la deposicion las razones y causas en que pudo fundar su juyzio, & cùm testis non fuerit adductus in iudicem, sed in testem, ideò testimonium eius, nec probat, nec preiudicat, nisi causam assignet.

Num. 105 *Testigos para provar sobre la propiedad, avian de dar razon de sus dichos per verba facti, y en que forma.*

De aqui es, que los testigos de la dicha probança no pruevan cosa alguna, aunque ayan dicho que vieron y supieron que eran suyas, porque avian de dar razon aunque no se les preguntasse quando se trata de provar la propiedad, l. solam. C. de testib. vbi etiam glos. in positione casus, sic: *Si super dominio fundi induco testes, & dictum eorum sit nudum puta, quia dicat fundum ad me pertinere, si non adijciant causam quomodo sciãt non valet huiusmodi testimonium, & sic suam testationem per scientiam dicti sui debet facere manifestam.* Et post gloss. ibidem Bald. numer. 4. Anton. Gomez, cap. 12. numer. 10. ibi: *Quod iterum sub intellige, quando deponant super eo quod cadat super aliquo sensu corporeo: secus verò, si deponat super eo quod cadat sub iudicio intellectus, vt dominium, possessis, iurisdictio, vel quid simile: quia tùnc tenentur reddere rationem, & etiam non interogati per causas facti & qualitatis, ex quibus illud inferatur, quia illud non est obiectum sensus, sed intellectus,* Mascard. volum. 1. conclus. 547. per totam, vbi nu. 2. reddit istã rationem: *Huius axiomatis illa potest afferri ratio: nàm cum causa dominij consistat in facto, id est, in contractu & traditione facta à domino, vt §. si quis á non domino, inst. de rer. divis. & in cap. 1. col. 10. quid sit invest. & facta non præsumuntur, etiam ad suplenda dicta testium, vt notatur in l. 1. C. de vsur. merito quod à teste non deponitur non probatur: quia iuramentum testis & eius deposito sunt stricti iuris: ita docuit Bald. in cap. cum causam, nu. 14. vers. Expressis, de testib. & huiusmodi ratio debet esse per legitimam consequentiam titulorum & poßessionis continuatæ, nec sufficit per solam possessionem, &c.* La misma razon diò y cõprehendio con otros muchos Steph. Gracian. disceptat. tom. 4. cap. 678. à num. 5. vers. non obstant testes ex adverso examinati cum duobus sequentibus, Cephal. vol. 1. cons. 98. nu. 45. vers. Quartus testis, ibi: *Nec refert aliquem actum possesorium domini Bartholomæi, ideo non videtur perfecte concludere iusta Doct. in l. stipulatio ista, §. hæc quoque, de verbor. oblig. facit, l. solam, de testib.* Et inferiùs vers. Septimus verò sic: *Nihil tamen concludit, quod bona in suo dominio, vel quasi remanserint, vt videtur necessarium iusta prædicta, & respectu possessionis concluditur quod non probat, licèt possideret, potuisset enim, vel prius, vel postea adquirere.*

Num. 106 *No basta que los testigos dixessen vierõ posseer y desfrutar.*

Y en caso que los testigos depongan, proût in præsenti, aver visto y sabido que las tuvo y posseyo por suyas, y como suyas, para que no prueven, sino dar la razon y causas, es la dotrina de Bart. in l. 1. ff. pro suo, vbi etiam glos. fin. quę reddit rationem: nàm ex pluribus causis tenere potest, y de Inocencio, a los quales siguio y ponderò su dotrina Alexand. cons. 89. nu. 5. lib. 5. ibi: *Nec relevat etiam quod testes dicant, quos Comes Bernardinus possedit dicta bona pro suis, & tanquam sua: quia per talem probationem non concluditur probatio alicuius tituli, vel dominij, vt per Bart. post gl. in l. 1. ff. pro suo, & notanter in cap. illud, de præsumpt. & Bald. in add. specut. tit. de deposito, verb. porro, & domini de la Rota, decis. 325. & alibi Alexan. cons. 182. nu. 1. in fin. lib. 7. ibi, & non sufficit dicere quod tenuerit pro suis, & tanquam sua, vt notat Inoc. in cap. illud, in fin. de præsumpt. Bart. & Angel. in l. 1.*

in l. 1. in fin. ff. pro suo, & refert ex Bald. text. in l. Titia, de solut. ibi: *Omnia pro domina egit, redditus cgit, & moventia distraxit, &c.* Roman. cons. 70. nu. fin. per text. in l. si is ad quem, 22. de adq. hęred. quem allegat in argumentum, ibi: Quamvis omnia pro domino fecerit, hæres tamē non erit, y alli lo notaron los DD. y principalmente Ias. nu. 9. vers. Quarto nota, ex textu, ibi: *Quod si testes deponat, quod Titius possidet talem rem pro sua, & vt dominus fructus percepit, per hoc non videtur aliquo modo probatum esse dominium, nec aliquis titulus sufficiens, sicut quando testes deponunt, quod Titius tenuit talem rem pro domino, pro sua, & tanquam sua, & fructus ex re colligit, iuxta l. Titia, in princip. de solut. nàm non dicitur probatus titulus, vt est glos. valdè notabilis in l. 1. & ibi Bart. in fin. notat multum, & ibidem Angelus, Raphael Cum. ff. pro suo, & cum alijs Ioseph. Mascard. vol. 1. conclus. 339. nu. 3.*

Esto supuesto, ya señor, està brillante, imò luce meridiana clarior, la cosa juzgada en favor del dicho don Fernando, y se descubren claramēte juzgadas y vencidas las dichas escrituras y probança, advirtiendo con los ojos de la buena consideracion, que en virtud dellas, los contrarios obtuvieron las dos primeras sentencias, en que conforme a sus pedimiētos, alegaciones, articulos y probanças, se declararon las dichas casas y heredades por bienes de los paternos propios del dicho Francisco Moraton, llevados al matrimonio quando casò con doña Teresa, y como bienes de tal calidad los mandaron dar todos a los parientes de partes de el dicho Francisco Moraton; y despues mediante las alegaciones, y defensas de parte de los sucessores maternos, por la sentencia de revista se revocaron y dieron por ningunas las dichas sentencias, y hallandose las dichas escrituras y probança con determinacion contraria, siguese llanamente la cosa juzgada, y que taliter quedan vencidas, que no pueden aprovechar en aquel, ni en otro juyzio, para obtener en la misma pretension entre las mismas partes.

Num. 107 *Escrituras y probança del pleyto viejo, estan juzgadas, y vencidas con determinacion contraria*

Pruevase lo referido en quanto a las escrituras, ex textu expresso, in c. sub orta, 21. de sent. & re iudic. a donde el instrumento ò privilegio que se presentò en vn juyzio, aviendosele opuesto excepciones; y salido sentencia contra lo que se pretendia en virtud del dicho instrumento ò escritura, no vale ni aprovecha en otro juyzio entre las mismas partes, porque es visto aver quedado vencida y reprovada, y por ciertas y verdaderas las excepciones que contra la escritura se alegaron. Esta es la razon de dicidir del texto, y el entendimiento que tienen aquellas palabras: *Nimirum, si præfati Innocentij privilegium Alexandro fuit in iudicio præsentatum, & ipse Alexander tullit sententiam contra illud, intelligitur reprobasse, &c.* y la glos. vero reprobasse; *Quia instrumentum dicitur reprobatum eo ipso, quod cum iudici ostenditur contrarium indicat.*

Num. 108 *Por el c. sub orta de re iud. se resuelve como ay cosa juzgada contra las dichas escrituras.*

Mayormente si el instrumento fue redarguydo de falso, prout in presenti lo fueron las dichas escrituras, sin averlas comprovado, ni aun con testigos de oydas, porque entonces quedan mas llanamente vencidas, y reprovadas, y totaliter enervadas de toda fee y credito, l. 1. C. si ex falsis instrumentis, & ex eo quod glos. verb. reprobasse, versic. *Ex quo quæstio falsi movetur, & iudex contrarium indicat*, in dict. cap. sub orta, & ibidem Felino nu. 19. ibi: *Si producto instrumento iudicat, contra illud præsumitur reprobasse, idem in exceptione falsi*, Dom. Greg. in l. 116. titul. 16. p. 3. glos. 4. vbi aliàs glossas & iura allegat.

Num. 109 *Escrituras redarguidas, si contra ellas fuere dada sentēcia quedan reprovadas, y no hazen fee, ni aun en otro juyzio entre las mismas partes.*

Num. 110 *Testium depositiones censentur reprobatæ, & in nullo alio iudicio fidem faciunt, eo ipso quod contra eos fuit iudicatum.*

En quanto a la probança de testigos sobre que cayeron las dichas sentencias, milita la misma razõ de tenerse por reprovados, y aver sido ciertas y verdaderas las excepciones que contra ellos se opusieron, assi lo tiene la glos. verb. reprobasse, in dict. c. sub orta, dùm dixit: *Sic testis reprobatur eo ipso quod iudex contra eum iudicat, argum. supr. de ord. cognit. cum dilect. in fin. & ff. de hijs quæ not. infam. l. Lutius.* Y a los desta calidad llamã los juristas testigos reprovados por derecho q̃ no hazen fee sobre aquello propio que depusieron, Rebuf. ad l. Gallic. in tract. de reprob. testiũ, glos. vnic. nu. 4. ibi: *Tacitè de iure reprobantur eo ipso quod iudex contra eos indicat.* Y sobre el dict. cap. sub orta, Hostiens. nu. 2. y con otros muchos el señor don Christoval de Paz, in tractat. de tenuta, 1. tom. c. 32. à n. 28. que habla en mas fuertes terminos de provanças fechas en el juyzio de la tenuta, sic: *Secus erit respectu Actoris quem tenuta victus fuit, cum per sententiam contra eum in hoc summario iudicio latam, probationes ab eo factæ reprobatæ maneant iuxta decisionem textus, in c. sub orta, de re iudic. ideoque in petitorium iterum eos producere non poterit, ex glos. recepta, in d. c. sub orta, verb. reprobasse, quæ quanuis textus in instrumento loquatur, & in testibus eius decisionem procedere arbitratur, vt nullam eorum testimonia in petitorio fidem faciant, si contra illa, sententia lata fuit, quam sequitur Abb. in c. fin. nu. 24. ad fin. de iur. calumniæ, Anchar. in d. c. sub orta, nu. 5. vbi Felin. n. 19.* Et inferiùs: *Si iudex contra eos iudicaverit eo ipso reprobati existant, docuit Hostiens in d. c. sub orta, n. 2. dum existimat testem satis reprobari, si adversus eum iudicetur.* Y prosigue comprovandolo con muchas autoridades hasta el nu. 36.

Num. 111 *Summa huius Dubij,*

De que resulta no averle quedado a los contrarios escrituras ni provanças, en quanto a la pretension de los dichos bienes, por estar todo vencido y reprovado, y la parte del dicho don Fernando tiene fundada y provada su intencion con la ley del Reyno, y sentencias de revista; y assi la sentencia dada sobre el cumplimiento de la carta executoria, se deve revocar en quanto a la dicha reserva, determinando en razon dello, y mandando adjudicar a la parte de don Fernando la mitad de los demas bienes por gananciales de partes de madre.

DVBIVM VI.

Num. 112 *Los contrarios por ninguna parte no pueden salvar la cosa juzgada aviendose revocado las sentencias, en que se declaravan todos los bienes por paternos.*

LAs partes contrarias cierran los ojos a la cosa juzgada, y alegan que ellos la tienen en su favor, y dizen verdad, solo en quanto a la donacion y herencia de los bienes de doña Patricia: pero en quanto a los de Iuan de Moraton respondanles las mismas sentencias, que no alcançamos por donde lo puedan encaminar, porque aunque se allanen a dezir que los vnos ni los otros no tengan cosa juzgada, respeto de la reserva q̃ dize han de ser los los bienes que se averiguare en la execucion de la carta executoria, y que la reserva no dà ni quita derecho. ¶ Se responde, lo vno, que la dicha reserva solo està puesta en favor de los sucessores maternos, para que en la execucion y cumplimiento de las sentencias se les adjudicasse lo que se averiguasse y ajustasse en el juyzio de la division y particion de los bienes que estavan, y han estado todos juntos, y en confuso, pues conforme a la disposicion del testador, que mandô, que los de la linea paterna llevassen en su parte bienes de la calidad de paternos, y los de la linea materna, los de la calidad de maternos, era menester la dicha averiguacion, separacion y ajustamiento para la adjudicacion dellos. ¶ Lo otro, que no se puede negar el estar vencidas y derribadas las escri-

escrituras y probanças en que pudieran fundarse los contrarios, para dezir que todos los bienes son paternos.

Pero suponiendo vn caso en que no huviera cosa juzgada, sino que el pleyto estuviesse en terminos de probanças, por donde constasse que todos los bienes que dexò el testador fuessen paternos, que es en la forma que lo pretenden los contrarios. Entra la duda que se ha de resolver in præsenti, si en este caso los parientes de madre avràn de quedarse con solo el nombre de herederos y sucessores, sin que se les aya de adjudicar parte alguna de los dichos bienes, ò si los avràn de llevar igualmente de por mitad.

Num. 113 *Propone la duda en caso de que no constasse aver bienes maternos.*

Esta es (señor) la dificultad, y el punto de mayor primor que viene à tener este pleyto; y tratando en Estrados de fundar la ygualdad con que ambas lineas estan llamadas, adelantò vno de los señores la consideracion, a entender si se queria tratar della, y truxo pro ratione dubitandi a la l. ex facto, 35. de hęred. inst. cui consonat, l. qui non militabat, eod. tit. que es texto mas expresso, por hablar en bienes de partes de padre, y de partes de madre, por las quales se determina, que quo ad ius hæredirariũ, vienen a ser herederos de por mitad: y en quanto lo que huviere de mas a mas en bienes paternos ò maternos seràn prelegatarios, y si no huviere bienes de la calidad de paternos ô maternos, ò fueren tan pocos que no lleguen à la quarta parte, el instituido en ellos avrà de llevar solo hasta en la cantidad de la quarta falcidia de todos los bienes, porq̃ el otro coheredero en toda la demasia es prelegatario, segun se prueva por los mismos textos, in d. l. ex facto, vers. Et si fortè falcidia interveniens, &c. Et in l. qui non militavat, ibi: *Salva falcidia*, lo advierten y pruevan los Doctores, maximè Angel. nu. 1. & Immola nu. 3. in d. l. ex facto, ita: *Nota, quod sicut coheres accipiens à cohere de prælegatum in forma prælegati, relictũ patitur falcidiam ab eodem, l. à coheredibus, C. ad l. falcid. nisi tantundem ille coheres recepturus esset ab eo; sic etiam patitur quis falcidiam de eo quod capit, vt institutus ex re certa.*

Num. 114 *Encomiendase el pũto desta duda por el de mas importancia.* *¶ Et pro contrario se traen las leyes y DD. que prueuan, que no aviendo bienes maternos solo se aya de adjudicar la quarta parte.*

Sed hijs minimè refragantibus, se fundarà la resolucion deste dubio, que conforme a la disposicion del testador, y a las del derecho, aunque no constasse aver bienes maternos, sino que fuessen paternos, se deven mandar adjudicar todos los de la herencia ygualmente, y de por mitad, provandolo por qualquiera destos tres medios principales.

Num. 115 *Por 3. medios principales propone fundar q̃ los hã de llevar de por mitad.*

MEDIVM I.

EL norte por donde se deve governar el punto de que se trata, es la voluntad del testador en la misma l. ex facto, 35. lo dixo el Iurisconsult. vers. Rerum autem Italicarum, vel Provintialium significatione, quæ res accipiendę sunt, videndum est, &c. ibi: *Et facit quidem totum voluntas defuncti: nàm quod senserit spectandum est.* Y si con cuydado se pone la mira a las palabras que contiene la disposicion del testamento y codicilo, se consiguirà (auspice Divino numine) la verdadera inteligēcia de la clausula, sobre que es este pleyto, que es lo que no se ha tocado hasta oy, y de lo que mas necessita esta informaciõ: y lo q̃ se confia ha de aprovechar mas para la buena determinacion, q̃ consiste en advertir y reparar con atencion la clausula del testamento, a donde supuesto que fue la intencion del fundador, segun despues lo declarò por el codicilo, aver comprehendido a los maternos en la generalidad conque llamò a los parientes mas cercanos, parece que expressamente quiso sucediessen ygualmente y de

Num. 116 *En el testamento, la voluntad expressa a que se ha de atender, fue que en quanto a la cantidad de todos los bienes, ambas lineas partiessen por yguales partes.*

por mitad en todos los bienes de su herencia, quia ita dicit: *Con tanto, q̃ si la dicha mi hermana muriere sin hijos legitimos herederos, los dichos mis bienes buelvan y tornen, y los ayan y hereden mis parientes los mas propinquos que a la sazon se hallaren, los quales partan entre si por yguales partes.* Et retentis hijs dispositivis, & finalibus uerbis, *partan entre si por yguales partes*, no se hallarà que estè revocado por el codicilo, patet ex seqq.

Num.117
En el codicilo no tratò de revocar, sino de declarar.

Lo primero, en razon de que por el codicilo no revoca lo dispuesto en el testamento, sino que solo quiso declararlo, pues aviendo referido que en el testamento avia instituydo en sus bienes a su hermana, con que si muriesse sin hijos, los huviessen y heredassen los parientes mas cercanos, dize: *Y lo dexò ansi no bien declarado, y agora declarando mas mi voluntad, &c.*

Num.118
Dos dudas declarò el testador en el codicilo: la vna, en razon de la calidad de las personas.

Lo que vino a declarar fueron dos dudas que podian resultar de la disposicion del testamento. La vna, en razon de la suerte y calidad de las personas que en el dexava llamadas, porque con generalidad avia dicho que heredassen *los parientes mas propinquos*, y le parecio que se podia dudar si avian de ser los mas cercanos de partes de padre ô de madre, quo es lo que dudaron los Doctores, maximè Ias. nu. 1. & Decius nu. 2. in l. 2. C. qui admit. ad bon. pos. Oldrald. cons. 153. Giurba, in consuet. senat. Messan. c. 11. glos. 6. super verb. si à patre provenerint ad proximiores patris, n. 3. y resolvieron lo mismo que el testador, diziendo, que se ha de entender los mas cercanos de ambas lineas de partes de padre y madre.

Num.119
La 2. fue en razon de la calidad de los bienes que cada linea aviã de llevar en su parte.

La otra duda fue, respeto de la calidad de los bienes que cada linea de parientes avia de llevar en su parte, en razon de que le parecio que se podia dudar en ello, pues aunque dexava dispuesto en quanto a la cantidad que partiessen por yguales partes, avia omitido, y dexado de declarar cerca de la calidad de bienes que cada linea avia de llevar en su parte, y esta duda y dificultad que sintio el testador, solo en quanto a la calidad de los bienes que cada vno auia de aver en su parte, la resolvio tambien cõforme a lo que estava dispuesto por derecho en la l. quod scitis, §. fin. cum glos. verb. provenerit, ibi: *In paternis bonis paternus, in maternis maternus succedat proximior*, C. de bon. quælib.

Num.120.
Lo dispuesto en el testamento, en quanto a la cantidad, no quedó revocado por lo dispuesto en el codicilo, en quanto a la calidad.

Asi que su declaracion solo cayô en quãto a la calidad de los bienes, sin meterse en quanto a la cantidad, ni tocar a lo que tenia dispuesto para que sucediessen por yguales partes, y siendo quid diversum y compatible la calidad y la cantidad en los dichos bienes, y que no se opone ni contradize necessariamente lo vno a lo otro, no fue visto derogar, ni en manera alguna revocar lo dispuesto por el testamento cerca de la cantidad por yguales partes, ni tal se deve presumir no aviendolo expressamente revocado, ni inovado en razon dello; *quidquid non mutatur, quare stare prohibitur?* l. sancimus. C. de testam. cui additur in argum. text. in l. præcipimus, in illis finalibus verbis: *Quidquid autem hac lege specialiter non videtur expressum, id veterum legum, constitutionumq; regulis omnes relictum intelligant*, C. de appel. l. 2. ibi: *Nisi testamento datum pater alium codicilis dando reprobaverit.* C. de test. tutel.

Num.121
Comprobatur ex l. alumnæ, §. qui filias, de adi. leg. y vn docto cons. 31. de Rol. à Valle, vol. 4.

Mas no es necessario induzir textos, ni buscar argumentos, aviendo en prueva deste intento la l. alumnæ, §. qui filias, ff. de adim. legat. a dõde aviendo vno dispuesto en su testamento que sucediessen sus dos hijas, y otras personas, y que llevasse cada vno ciertas partes, y que lo demas q̃ quedasse lo huviessen las dos hijas, despues en el codicilo mudò y

reformò

reformò todo lo que señaladamente les avia dividido en el testamento, y le diò otra forma a la particion, añadiendoles, y quitandoles de lo que les avia dado, sin tocar en quanto a el resto de lo que quedasse sin distribuir; y se dudò si quedò todo revocado por el codicillo: de manera que no ayan de llevar el dicho resto que dispuso llevassen por el testamento, a que resuelve el Iurisconsulto, que no fue visto revocar aquello que expressamente no reformò, revocò, ni mudò por el codicillo, y que ansi lo avran de llevar, y finalmente ita dicit: *Non à tota voluntate recessisse videri, sed hijs tantum rebus, quas reformasset*, in cuius confirmationem, & ad eius exornationem videndus est Roland. à Valle, cons. 31. vol. 4. que por todo el trata de otra duda que naciò de las clausulas de otro testamento y codicillo, y en aprobacion de nuestro intento trae seys fundamentos, q̃ qualquiera dellos es bastante, y ansi el Cardenal de Mantica, de coniect. ult. vol. lib. 12. tit. 1. n. 10. le sigue, remitiendose a el, y a el §. qui filias.

Lo segundo, porque el testador solo trata en el codicillo de declarar la disposicion testamentaria, ibi: *Aora declarando mas la dicha mi voluntad*, y el que declara, no es visto mudar ni revocar cosa alguna en lo sustancial de lo que dexava dispuesto, sino solo suplir, o añadir alguna calidad, o circunstancia accidẽtal, cap. super quæstionum 27. de offic. de leg. ibi: *Nullatenus derogatur, sed illa per istam exponitur imò in ista verius, quam in illa fuerunt prætermissa, suppletur*, texto mas expresso es donde el Iurisconsulto diò la razon in l. hæredes palam, §. si quid post factum testamentum, ibi: *Poterit postea declarare de quo senserit? & puto posse, nihil enim nunc dat, sed datum significat, sed & si notam postea adhæserit legato, vel sua voce, vel literis, vel summam, vel nomen legatarij, quod nõ scripserat, vel nummorum qualitatem, an recte fecerit? & puto etiam qualitatem nummorum posse postea addi.* Dom. D. Ioan. à Castillo, lib. 3. c. 10. n. 30. & in lib. 4. c. 19. à n. 30. ergo dicendum est, quod in præsenti, solo añadiò, por via de declaracion a la cantidad de bienes, que tenia dispuesto llevasse cada uno, la calidad de los que avian de ser, sin aver mudado, ni revocado en quanto a la sustancia de la cantidad y cuerpo dellos de que avia dispuesto. Num. 122 *El que declara no es visto revocar en lo sustancial de lo dispuesto, sino suplir, o añadir en lo accidẽtal cerca de la calidad, o circunstancia dello.*

Lo tercero, porque la palabra, *en esta manera*, que se dize en el codicillo, ibi: *Que los dichos mis bienes buelvan y tornen a mis parientes los mas propinquos en esta manera*, idest per hunc modum, no mudò, suspendiò, restringiò, ni limitò la sustancia de la disposicion, que estava in esse producta en el testamento en quanto a la cantidad de que cada uno avia de llevar, docet Bart. in l. 4. de alim. & civar. legat. & alios referens Steph. Gratian. lib. 2. discept. 400. n. 16. ni importa para que dexe de valer lo dispuesto en el testamento, que no se cumpla, o pueda cumplir el dicho modo, la razon es, porque el modo importat causam impulsivam, probat Cephal. cons. 429. nu. 104. Num. 123 *Verbum, en esta manera, importat modũ.*

Lo quarto, porque las palabras del dicho codicillo, ibi: *Que los bienes que huve y fueron de la parte de mi padre, &c. y los bienes que huve y fueron de la parte de mi madre, &c.* Stant demonstrativè, demonstrando y declarando la calidad de los bienes, en que avia de llevar cada linea su mitad y parte igual, & non stant dispositivè, corrigiendo, ni limitando en quanto a la cantidad dispuesta por el testamento, quod evidenter probatur. Num. 124 *Pruevase que las palabras del codicillo estã demonstrative de la calidad, y no dispositive, para corregir en quãto a la cãtidad*

Tùm quia ubicumque dispositioni pure factæ adijcitur modus, unde possit fieri adiudicatio bonorum, tunc modus intelligitur demonstrationis causa factus, non ad restringendam dispositionem antea factam, fundat Num. 125 *Eo quod dispositioni fuit adiectus modus, ideò, &c.*

dar ex pluribus Iuribus Ioan.Garcia de expens.c.4.nu.34.y el señor Don Ioan del Castillo,lib.54.n.16.

Num. 126
Tùm,quia quantitas, & qualitas nõ stant sub una,sed sub duplici oratione, vel dispositione.

Tûm,porque no està sub unica oratione, vel dispositione lo que cada linea ha de llevar de los bienes de la dicha herencia,sino sub duplici, & distincta oratione,& dispositione:una en el testamento ubi dispositũ fuit de quantitate bonorum:& alia in codicillo,adonde demõstrò la calidad, y asignò los bienes de adonde se avia de hazer la adjudicacion, y cumplir su disposicion.Y en este caso dicendum est,que las palabras del codicillo stant demonstrative,y no restringen, ni limitan en quanto a la cantidad,para q̃ dexen de llevar iguales partes,Ioan.Garcia,d. c.4.n. 34. & ex professo D.Dom.Ioan.del Castillo,d.c.54.â n.17.usque ad 19. Steph. Gratian.tom.2.discept.256.n.1.3.& 4.

Num.127
Y porq̃ la disposicion del codicillo,no hizo condicional a la del testamento.

Tûm,porque en el testamento dispuso pure & sine conditione,en quãto a la cantidad,y en el codicillo tratò de declarar los bienes de adonde se avia de hazer la adjudicacion, y en esta la disposicion de el testamento no quedô condicional,ni restrigada,l.quidam testamento 99.de leg.1. ibi: *Verisimilius est, patrem familias demonstrare potius hæredibus voluisse unde aureos quadringentos sine incommodo rei familiaris contrahere possent, quam conditionem fideicommissum iniecisse, quod initio pure datum est.* Dec. cons.324.Salazar,de usu & cons. c.1. n. 20. & 21. y el señor don Ioan del Castillo,d.c.54.n.17.

Num. 128
Tũ, quoniã verba codicilli sunt adiecta dispositivis, & non executivis.

Tûm,porque las palabras del codicillo son parte añadida a las dispositivas del testamento, y no a las executivas del. y en este caso se juzgan quod stant demonstrative,& non ad restringendum,nec aliquid derogãdum, Pereg. de fideic. art. 16. n.110.quem refert,& sequitur D.D.Ioan. del Castillo,d.c.64.n.8.

Num. 129
Etiã in dubio verba codicilli stant demõstrative asignans qualitatem.

Tùm denique,porque las palabras del dicho codicillo, aunque estuvieramos en duda,se entiende que estân demonstrative,y no para disponer,ni restringir,ut ex quam plurimis Iuribus,& multorum exercitu,comprobat D.D.Ioan.del Castillo, d. c. 54.n.6.adonde lo constituye por regla,ita sic: *Deinde observandum est, atque constituendum erit, quod verba in dubio intelliguntur,ac præsumuntur apposita demonstrative magis,ac declarative,quam dispositive, aut restrictive,vel limitative, & consequenter ubi in testamento,vel aliqua dispositione reperitur aliquod verbum asignans aliquã qualitatem,quæ potest accipi demonstrative, & dispositive, aut restrictive tunc in dubio præsumuntur stare demonstrative per text.&c.*

Num.130
Arguyendo ab inconvinienti, & absurdo vitãdo,no està revocado por el codicillo lo q̃ se diò por el testamento.

Lo otro,arguyendo ab inconvenienti,& ab absurdo vitando,quod validisimum est in iure,l.nàm absurdum 7. l. si patronus 12.§.ex testamento,ff.de bon.libert.Everard.loco ab absurdo,Mantica,lib.3.tit.6. de coniect.ultim. porque si se concediera, que por el codicillo quiso revocar en quanto a la cantidad de que tenia dispuesto llevassen los de la linea materna,y que no oviesse(como los contrarios quieren)bienes algunos maternos,vendriamos a dar en el inconveniente de que la herencia de los dichos bienes que les avia dado por el testamento, la quitasse por el codicillo,no pudiendose dar,ni quitar,ex l. 2. C. de codic. & etiam de iure Regio,Dom.Pichar.in §.2.Inst.de codicil.à n.8.Y ansi es absurdo entender que el testador quiso contravenir a lo dispuesto por derecho,d.l.si patronus,§.ex testamento.

Num.131
Idem dicendũ, arguyendo a superfluitate verborũ, tã in testamento, quã in codicillo.

Lo ultimo,si arguiamos â vitio superfluitatis fugiendo, porque es preciso confessar,que seria superfluo el aver llamado en este codicillo a los parientes

parientes maternos, y declarado que su voluntad avia sido estar comprehendidos, y el averlos tambien llamado en la disposicion sino avian de llevar cosa alguna de su herencia por ser todos los bienes paternos, quod nullatenus dicendum, conclusio enim est ubique decantata in ultimis voluntatibus interpretandis, verba recte esse intuenda, nec debere esse superflua, nam debent aliquid operari, vulg. l. si quãdo 109. in princ. de leg. 1. Menoch. cons. 197. n. 14. Mantica, de coniect. ultim. lib. 3. tit. 6. per tot. maxime, n. 1. 2. & 7. Simon de Præt. de interpret. ultim. fol. 159. sol. 5. Vicen. Fuss. q. 286. & q. 409. n. 40. Surd. cons. 505. n. 6. ibi: *Et si omnia bona pervenissent ex fideicommisso Antonio, hæc quoque assertio quod sint hæredes Alexandri fuissent superflua, fieri ergo debet interpretatio, per quam evitetur superfluitas, l. 1. §. quod metus causa, l. 3. in princ. de iur. iur. &c.*

MEDIVM II.

Sit alterum medium, suponiendo la disposicion solo en terminos del codicillo, y concediendo (por ser cosa que no pueden negar ni contradezir las partes contrarias) que el testador dexasse bienes maternos, como el lo dixo, ibi: *Y los bienes que huve y fueron de la parte de mi madre, &c.* porque seanse assertivas, o enunciativas, pruevan in genere contra habentes causam â testatore, y no lo puedẽ impugnar. Bald. cons. 89. n. 3. lib. 3. por muchos textos, y es en argumento la l. publia, §. fin. ff. de posit. Mascard. concl. 778. à nu. 14 vol. 2. Pereg. de fideicom. art. 44. n. 20. Vicen. Fuss. q. 618. n. 30. Pero dado que no se pueda saber, ni averiguar in specie, y con certeza, que parte de bienes maternos sean de los que dexò el testador.

Num. 132 *Atendiendo à solo el codicillo, està provado in genere, & in cõfuso, q̃ ay bienes maternos, y no lo pueden inpugnar los contrarios.*

Este caso tocò en terminos Mario Giurba in consuet. Messanens. c. 12. glos. 4. in vers. à qua linea provenerunt, n. 8. ibi: *Quæstio 2. bona adeò cõmixta sunt, ut discerni, nec probari possit, quæ patris, matris, aut filiorum sint. Quid agendum?* La resolucion remitiò a la regla, y doctrina que traen la glosa, y Doctores en la l. 2. §. in certam, ff. de adquir. poss. diziendo: que si la duda è incertidumbre es respeto del sitio de los bienes, y de la cantidad dellos: tunc, no deve obtener el Actor que los pretendiere por paternos, o maternos, a exemplo de otra doctrina (a quien se remite) de Iacobo de Santo Georgio in Rub. ff. de rei vind. n. 23. adonde el Actor q̃ pretendiere ciertos bienes por de calidad de feudales, o gravados, si estan mezclados con bienes libres, taliter, que no se pueda provar, ni separar quales son los libres, y quales los gravados, no deve obtener. Aliàs (dize y conclnye Giurba) quod si certitudo sit de loco, dubium vero de quantitate, tunc secus esse profitentur, glos. Bart. & alij in d. §. incertã, Decius, cons. 179. n. 3. Gozandi. cons. 55. n. 56. Bursato, cons. 8. n. 13. Turret. cons. 9. n. 48. in 3.

Num. 133 *Giurba sobre disposicion, tocó el caso en terminos de que los bienes esten en confuso y con incertidũbre ratione loci, & quantitatis,*

Pero Giurba en la resolucion de su question, parece no tocò el caso en que ambas partes fuessen Actores, y compitiessen con igualdad, pretendiendo aquellos contra estos los bienes por paternos, y estos contra aquellos por maternos en el juyzio dela particion, ni dize quid Iuris, quãdo la duda e incertidumbre fuesse respeto de la cantidad: y ansi para conseguir la verdadera resolucion en la especie de nuestro caso, se deve considerar, que la incertidumbre no viene a estar, respeto de la disposicion, in universo, de los bienes, ni del sitio y lugar, cuerpo, y sustancia dellos; pues es cierto y notorio por las escrituras, testamento, e inventario, y demas

Num. 134 *Omitio Giurba, el caso de ser ambos Actores, y q̃ la incertidumbre no pueda ser en razon de la disposiciõ y lugar de los bienes, sino solo en razon de la cantidad, prout in præsenti.*

mas probanças, que dispuso de los bienes sobre que se litiga, para los parientes de ambas lineas, paterna, y materna, sino que solo viene a ser la incertidumbre en razon de la cantidad, por no averla declarado ni expressado el testador en el codicilo, e ignoranse por no averse averiguado segun quieren los contrarios, que cantidad y especie de bienes eran los que el testador afirmò aver avido y sido de partes de madre: nàm incertum dicimus, quod ignoratur. l. si sub signatum, §. fin. de verb. signif. & quod non potest probari, text. & glos. vers. incertum in §. ut autem, Authẽtico ut hi qui obl. se hab. per v. res min.

Num. 135 *Incertitudo in specie non vitiat quando est certitudo bonorum in universo.*

De aqui se deciende facilmente à fundar, que en quanto a la cantidad se deven dividir de por mitad todos los bienes: pruevase, porque la incertidumbre de quales de los dichos bienes sean in specie paternos o maternos, no vicia si universaliter con generalidad, y en este caso consta ciertamente de ellos cum incertitudo non vitiet quando est certitudo in universo. Surd. cons. 128. n. 20. Cravet. cons. 162. sub nu. 2.

Num. 136 *Incertum quod est ratione quantitatis viciat, & remanet nullum.*

Sed sic est, que la incertidumbre en quanto a la cantidad, vicia y anula el modo de la division y particion del testador, como si no la oviera fecho, nàm incertitudo vitiat omnem actum & dispositionem, & impedit eius effectum, tàm in contractibus, quâm in ultimis voluntatibus, l. idem Pomponius. 5. §. fin. de rei vend. l. ubi autem nõ apparet 75. de verb. oblig. l. cum duo 17. vers. quod si incertum sit, & ibi glos. fin. dicens: *Nota ergo quod in dubio nihil valet*, ff. de in diem adiect. glos. ver. contrariam, in l. 3. C. de codicil. ibi: *Neutrum valere ratione incertitudinis*, l. duo sunt Titij, l. tutor incertus, ff. de test. tut. l. in tempus, §. 1. ff. de hæred. instit. l. si fuerit, l. si quis, de reb. dub. l. ex pluribus de manum. test. Bald. cons. 337. lib. 1. Stephan. Gratian. disceptat. 736. n. 60. tom. 4. novissimè Agust. de Barbosa, axioma 119. de aqui es para el proposito lo que dixo Hyppol. de Marsyl, in rub. de probat. n. 381. quod incertitudo vitiat omnino distributionem testatoris. La razon la diò la glos. in d. l. idem Pomponius, §. fin. por la regla de la l. *Vbi repugnantia inter se in testamento invenitur neutrum ratum est*, de reg. iur. & quia paria sunt, non esse, vel esse incertum, l. de ætate, §. nihil interest, ff. de inter. act. Stephan. Gratian. discept. 742. n. 41. tom. 4.

Num. 137 *Incertum, vel omissũ ratione quãtitatis remanet sub dispositione Iuris, quo dispositũ est, quod distribuatur æqualiter pro dimidia.*

Igitur, en quanto a la cantidad se deve dividir igualmente de por mitad, probatur consequens, porque omissum, vel incertum, quod est in effectu, remanet sub dispositione Iuris, l. ne in arbitris, §. sin autem, vers. incerti, C. de recept. arbitr. Y lo que està dispuesto en el derecho, quando el testador no distribuyô en quanto a la cantidad y parte que cada uno avia de llevar, o quando es incierta la distribuciõ, y taliter ninguna, porq̃ no se puede saber, es que sucedan por iguales partes y de por mitad, l. quoties, §. hæredes, & §. si duo, l. si alterius, cum glos. ver. nec fundum, y la misma l. ex facto, si bien se pondera, omnes sub titulo, ff. de hæred. inst. y es a proposito lo que trae Angel. cons. 700. in fin. adonde aviendo incertidumbre entre dos sobre la cosa hypoteca, se deve dividir por mitad.

MEDIVM III.

Num. 138 *El juzgar los bienes de calidad de paternos y maternos de por mitad, consiste en solo la voluntad del testador.*

EL tercer medio, es en defeto de que las palabras assertivas o enunciativas del codicilo no provassen, sino dando que los contrarios pudiessen provar, y que oviessen provado, que lo enunciado y demonstrado por el testador cerca de los bienes que dixo huvo y fueron de partes de madre todo fuesse falso, en este caso neutiquam perjudicava la provança: Lo uno, porque se presume q̃ la voluntad del testador, fue, querer

que

que se juzgassen por bienes maternos, aunque no lo fuessen, y disponer dellos, y que los llevassen los de la linea materna por bienes de tal calidad, maximè no aviendose provado error del testador, cum verba falso enuntiativa, principaliter in codicillo, & propter se emissa, dispositionem inducant, nisi probentur emissa per errorem, l. 1. vbi notatur, C. de fals. caus. adiect. legat. vel fideicom. porque deverse de tener ò no por bienes de aquella y essotra calidad, consiste en solo la voluntad del testador, d. l. ex facto, 35. §. rerum autem, ibi: *Et facit quidem totum voluntas defuncti, nam quid senserit, spectandum est.*

Lo otro (suponiendo por la d. l. ex facto, 35. y la l. qui non militabat, de hered. inst. que en quanto a los bienes paternos y maternos, ambas partes son prelegatarios) porque aunque fuesse omninò falso lo dicho y demonstrado por el testador, la falsa demonstracion de los bienes no vicia, ni perime la disposicion dellos en favor de los parientes maternos, dùm dixit: *Y los bienes que huve y fueron de partes de mi madre, &c.* Concurriendo, como concurren, en las dichas palabras las dos condiciones q̃ son necessarias, ad hoc vt disponant, licèt sint verba enuntiativa, cum falsa demonstratione: lo vno, que son de preterito, quia tûnc videntur emissa propter se, principaliter ab eo qui liberè valuit disponere de illis bonis: lo otro, que cayeron sobre cuerpo cierto de bienes rayzes, como son los que dexò y dispuso el testador. Num. 139 *Ad hoc vt falsa demonstratio, nõ viciet duo concurrere debet provt in præsenti.*

Y que con estas dos condiciones, la falsa demonstracion no vicie la disposicion, lo prueva la l. demonstratio falsa, 17. l. *falsa demonstratio* (33.) *neque legatario, neque fideicom. nocet, neque hæredi instituto*, l. quibus diebus, 40. §. *qui dotalem fundum nullum habebat, ita legaverat fundum Cornelianum, quem illa mihi doti dedit, ei hæres dato Labeo, Ofilus Trebatius responderunt, fundum nihilominus legatum esse: quia cum fundus Cornelianus in rerum natura sit demonstratio falsa legatum non perimit.* ff. de cond. & demonstr. d. l. 1. & l. etiam si veritas, C. de fal. caus. adiect. leg. vel succes. Num. 140 *Falsa demõstratio, nõ vitiat dispositionem.*

La razon es la que refirio el señor Pichardo in §. huic proxima, Inst. de leg. nu. 2. ibi: *Quoniam demonstratio nihil aliud est, quam signum adiectum pro maiori declaratione rei, vel personæ, vt hic docet Teophilus Vlpianus in l. quoties, 9. § si quis nomen, ff. de hæred. inst. vnde remota illa declaratione, credimus similiter testatorem fuisse legaturum, d. §. falsam, cum ipsam demonstrationem adiecerit tanquam gratia clarioris declarationis.* Y Sylvestr. Aldrob. in add. ad glos. verb. magis, in §. longe magis, Inst. de leg. donde dize, que la razon es, porque la demonstracion no significa la sustancia de la disposicion, sino lo accidental del cuerpo de la cosa legada, sobre q̃ cae la disposicion, & apponitur à testatore, solùmmodo ad demonstrandam ipsam rem, & corpus ipsum, sivè causam materialẽ: y assi tenga ò no aquella calidad accidental con que demonstrò los bienes de tal calidad, y la causa que le movio, no la tienen por final, sino por impulsiva, pues aliàs sin ella se presume que tambien se los dexaria a los parientes de partes de madre, l. 19. tit. 9. p. 6. ibi: *Porque se entiende que se los quiso dar, &c.* Ex quibus omnibus, parece queda firmemente resuelto, que en el caso que pretenden los contrarios se deven adjudicar todos los bienes igualmente de por mitad. Num. 141 *Razones de dezidir a este vltimo medio, q̃ son muy adequadas a el intento.*

D V B I V M X I I.

HAsta aqui se ha tratado el caso de hallarse bienes de calidad de maternos, y paternos, o que todos fuessen de partes de padre, pero no se ha Num. 142 *Distribuye el dubio en dos partes.*

se ha tratado el caso de hallarse en la herencia otros, ò fuessen de otra suerte y calidad: y assi esta vltima duda se compondra de dos partes. La primera, sobre si el testador dexò bienes de diferente calidad. Y la otra, si aviendolos se avràn de dividir tambien de por mitad.

Num.143
Tres partes de bienes vuo el testador de parte de sus tres hermanos: y sobre si estos seã de diferẽte calidad, es vna question muy ardua que disputó Giurba, en que ay dos vandos de opiniones encõtradas.

En quanto a la primer parte, supuesto que las tres partes de quatro de todos, los bienes y herencia que dexô Iuan de Moraton, fueron avidos por donacion y renunciacion de doña Ynes, y heredados de doña Constança, y de Alonso Moraton sus hermanos, contiene vna dificultad muy reñida, sobre si los dichos bienes que provinieron de partes de sus hermanos, sin embargo que ellos los huviessen por herencia de sus padres, se ayan de juzgar por fraternos, y de diferente calidad de los que huvo inmediatè de partes de sus padres, tocada ha sido por muchos de los q̃ han escrito sobre el estatuto y fuero semejante al desta disposicion, como es el de Sepulveda y el de Aragon, Vizcaya, Napóles y Francia que refiere Flores Diaz, ad Gam. decis. 9. num. 1. Pero Mario Giurba entre las questiones que disputa en los capitulos 11. y 12. de sus lucrubraciones, in consuet. Senat. Mesan. sobre el estatuto de aquella tierra, en que està dispuesto, que muertos los padres, si despues murieren los hijos en la menor edad, ò abintestato en los bienes rayzes que huvieron y les provinieron de partes de padre, sucedan los parientes mas cercanos de la linea paterna, y los que fueron y les provinieron de partes de madre, buelvan y sucedã en ellos los mas cercanos de la linea materna, y en los muebles, vna tertia pars ad proximiores ex parte patris, & altera ad proximiores matris debolbantur, llegando a tratar desta dificultad en el cap. 11. in glos. *si pervenerint eis á matre.* Entra diziendo, quod ardua satis est hæc Doctorum contentio, y la divide en dos opiniones contrarias, que cada vna tiene de su parte vn exercito de Doctores.

Num.144
Opinion de Bart. y de los que le siguen fue, q̃ los fraternos no se ayã de juzgar por bienes de diferente calidad, y se refieren las razones en que lo fundan.

El Principe de los de la vna opiniõ es Bart. in l. quod scitis, C. de bon. quæ lib. vbi docet, que se ha de considerar el origen de la linea paterna ò materna, vndè mediatè bona provenerint, sin atender al intermedio de la persona de los hermanos, por cuyo medio los huvo y heredô, las razones desta opinion, son. ¶ Tûm, quia rei origo, prima radix, & rei fundamentum inspici debet, neque attendendum quo tramite succesio derivetur, cap. 1. §. ex eadem, de leg. corrad. l. quidquid, ff. de donat. ¶ Tũ, quoniam à primordio tituli posterior, formatur eventus, l. 1. C. de imp. lucr. descript. lib. 12. ¶ Tûm, quia qualitas quæ cœpit esse, semper durat, nec alterari videtur, quod in origine aliqua causa retinetur in habitu, l. pater, §. quindecim, de leg. 3. l. fin. si ex nox. caus. ag. ¶ Tùm denique ex eo quod respectu, & intuitu heredis directi, vel fideicom. mente, & intellectu testatoris, bona illa non desinunt esse illius qualitatis, cuius, & antea fuerat, Bart. in l. Titius, nu. 1. ad Trebel. Cavalc. decis. 23. num. 24. p. 4. Tusch. liter. B. conc. 108. *Bona, quando paterna, materna, vel fraterna dicantur.* & liter. S. concl. 185. num. 5. y entre los que siguen esta opinion es Gama, decis. 9. Afflict. decis. 87. à num. 6. & decis. 307. à num. 5. Mieres, 4. p. quæst. 19. nu. 30. & à nu. 101. vsque ad 105. y Mar. Giurb. in d. cap. 11. glos. 4. nu. 3. dize: *Nostratis tamen patriæ moribus Bartoli opinionem receptam profitemur.*

Num.145
El general de la opiniõ cõtraria fue Paul. de Castro, y refiere los fundamentos de ella.

La contraria opinion tiene mayor numero de Doctores, cuyo general es Paulo de Castro, in d. l. quod scitis, nu. 2. per text. in l. si avia, C. de donat. y las razones y fundamentos della los juntô Giurba, in d. glos. 4. nu. 2.

nu.2.ibi: *Tùm, quia inmediata causa semper solet inspici, l. Sotium, §.1. ff. pro soc. glos. in c. de cetero, de homic. persona ergo á qua immediate provenerunt considerand a est, & non remota.* ¶ *Túm, quia patris hæreditas postquam adquisita est filio, non consideratur amplius ut paterna, sed ut adeuntis, § 1. Inst. de hæred. qual & diff.* ¶ *Tùm, quia pro regula constituitur, quod mutatione personæ mutetur rei qualitas, l. Paulus, de adq. hæred. ideò quæ fuerunt paterna, nunc fraterna dicuntur mutatione personæ, Carol. de Tapia, in auth. ingreßi, gl. sua, c. 14. nu. 47 C. de sacros. Eccles.*

Qual de estas dos opiniones sea la mas verdadera, y q̃ se deva seguir, no le importa a la parte de don Fernando el resolverlo, sino q̃ elijan los cõtrarios la que les pareciere, porque supuesto que el testador llamò, ansi por el testamento, como por el codicilo los de ambas lineas a la sucessiõ universalmente de todos sus bienes, si eligen la opinion de Bart. vendremos a estar en las resoluciones del undecimo Dub. Y si eligen esta ultima de Paulo de Castro, vendrà a estar el negocio con mucha menos dificultad en favor de don Fernando, como se verà en la segunda parte de esta duda, con que se ha de dar fin a este informe. Mas porque las partes contrarias se han inclinado a dezir, ansi por escrito, como de palabra en Estrados, a esta segunda opinion, insistiendo y fundando con provanças y escrituras, que son bienes que el testador huvo y heredò de sus hermanos, solo a fin de salvarlos y escaparlos de la calidad de maternos, queremos sin perjuyzio de la verdad, no solo conceder la dicha opinion, sino corroborarla con la autoridad de los mas graves Doctores que la defienden. Num. 146 *Cõ qualquiera opiniõ q̃ los contrarios quieran seguir, se han de hallar convencidos, & maximè cõ la ultima a q̃ se inclinan.*

Y en particular la defendiò bizarramente Barbosa in l. post dotem 41. ff. sol. matr. à n. 74. usque ad fin. adonde responde a los fundamentos contrarios, ibi: *Non obstant adducta in contrarium, nã ad 1. respondetur, quod dũ Doctores considerant à qua linea provenerunt intelligendi sunt, scilicet, non immediate, &c. Sic agitur quo ad propositum quo ad materiam, in d. l. quod scitis, inspici debet à qua linea immediate bona processerunt, non autem mediate. & confirmatur, quia Doctores tantum dicunt attendendam esse lineam à qua bona provenerunt, ad eum de cuius hæreditate nunc agitur, intellige tu, scilicet in mediate, quia in mediata causa semper inspici solet, l. socium qui, §. 1. &c. Ergo debet inspici persona à qua inmediate bona provenerunt, & non remota:* Et inferiùs, *nòn obstat 2. ratio, quia licèt initium soleat considerari quo ad multos iuris effectus, tamen quo ad constituendum à qua bona provenerunt, semper debet inspici persona ultima à qua inmediate bona provenerunt, & non origo adquisitionis, l. si avia, C. de donat. l. Titij, de hijs quib. ut indig. ideò pro regula constituitur quod mutatione personæ mutatur etiam qualitas rei, &c.* Pedr. Surd. decis. 144. n. 14. y 15. ibi: *Quæ Dom. Titius donavit, non erant paterna omnia, sed pro parte ad eum pervenerant ex successione Alexij fratris, ut constat ex actis, licentia autem disponendi concessa à capitulo, est limitata ad bona paterna & materna, non autem extenditur ad fraterna, etiam si Alexius frater ea habuisse à patre, quia per additionem desierunt eße paterna, ut probatur in l. 1. §. veteres, ff. de adq. poss. l. hæres per servum, de adq. hæred.* Sesse, decis. 52. n. 23. Fontanella, tom. 1. claus. 4. gl. 32. n. 66. Vicen. de Frãchis, decis. 171. y 327. n. 2. y 690. n. 5. y Mario Giurba, d. c. 12. gl. 3. ver. ad eam partem revertantur, n. 6. vers. *Quæ provenerun à patre cui successit filius, hæc paterna sunt bona, quæ vero ex fratris sui præmortui successione assecutus fuerit filius, paterna non dicuntur amplius, sed fraterna, &c.* Num. 147 *Bienes avidos y heredados de los hermanos, aunq̃ ayã sido de los padres, q̃ no seã paternos, ni maternos defendieron Barbosa, Surdo, Sesse, Fontanella, Frãchis, y Giurba*

Deve-

Num. 148
Fūdase en esta 2. parte, q̃ en los bienes fraternos los de ambas lineas deven suceder de por mitad.

Deveniendo ad secundā partē huius dubij, supuesto que sea mas cierta esta segunda opinion, y q̃ las tres partes de bienes que el testador huvo y heredò de sus hermanos, sean de diferente calidad de los que inmediatamente huvo y heredò de sus padres, no se puede dudar de que se ayan de dividir de por mitad, quod evidenter probatur por la d. l. ex facto 35. y la l. qui non militabat 78. de hæred. inst. adonde resuelven los Iurisconsultos, que en todos los bienes que no fueren paternos y maternos hā de suceder igualmente, y se les deve adjudicar de por mitad: y tambien lo advierten los Doctores, maximè Lud. Roman. in d. l. ex facto, n. 2. y lo mismo procede aunque los llamamientos fuessen por disposiciō fideicomissaria, & non verbis directis, l. cogi. §. sed si miles rogaverit quem res Italicas, in fin. ff. ad Trebel. Bald. in cons. 104. que es sobre semejante disposicion, y haze distincion de tres generos de bienes, unos paternos, otros maternos que llama profecticios, si inmediate à patribus provenerunt, y otros adventicios, que son los que provinieron mediante otra qualquiera persona, y concluye que estos ultimos se han de dividir de por mitad in vers. *Si vero sunt bona tertij generis, servamus in eijs ius commune, &c.* Idem in terminis, Roman. cons. 40. n. 6. ibi: *In bonis à materna linea quæsitis præfertur maternus, & in paternis præfertur paternus, in alijs bonis succedunt pariter: hoc probatur in l. emancipatis, C. de leg. hæred l. sancimus, C. comm. de success. firmat glos. ab omnibus approbata in auth. itaque, C. comm. de succes.* Ant. Gabriel, de succes. ab intest. concl. 3. n. 1. & 4.

Num. 149
Pro chorenide, se cōprueva con leyes del Reyno.

Compruevase finalmente, ex text. in l. 6. tit. [illegible] lib. 4. fori juzgo, vers. E si dexo abolo de parte de el padre, e abolo de parte de la madre, vengan igualmente a la bona, esto es de entender de las cosas que ganò el morto, mas de las cosas que el ovo de partes de sus padres, &c. Et ibidem Villadiego, glos. unic. n. 3. y lo mismo la l. 10. tit. 6. lib. 3. for. y la l. 6. tit. 13. part. 6. ibi: *El hermano que perteneciesse a esse tal de padre tan solamente, esse heredarà todos los bienes del de el difunto, que le vinieron de partes de su padre. E el hermano que le perteneciesse de parte de madre, esse heredarà otrosi todos los bienes que le vinieron de parte de su madre. E los bienes que a tal difunto como este oviesse ganado por otra manera qualquier, ambos los hermanos sobredichos los partiran igualmente.*

Num. 150
Resuelvese la pretension de D. Fernando.

Ex quibus iuris resolutionibus, & fundamentis, se tiene por cierto deverse confirmar la sentencia del Juez de Murcia, en lo que es en favor de don Fernando, y en lo demas revocarla, suplirla, y enmendarla como tiene suplicado, y segun en este informe se pretende, y en qualquier acōtecimiento mandarle adjudicar la mitad de todos los demas bienes, con los frutos y rentos de ellos. Salva in omnibus, &c.

L. D. Hermenegildo de Roxas y Tortosa.